

SOBRE EL CONCEPTO JURÍDICO PENAL DE TERRORISMO

José Luis González Cussac

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Jaume I (Castellón)

Antonio Fernández Hernández

Personal Investigador Contratado
Universitat Jaume I (Castellón)

Sumario: 1. Introducción. 2. El concepto de terrorismo desde la perspectiva internacional y comparada: la conexión con la noción de delito político. A) Marco Internacional Universal: la Organización de Naciones Unidas. B) Marco Internacional Regional: la Unión Europea. C) El terrorismo en los ordenamientos de los Estados de nuestro entorno. 3. El concepto de terrorismo en Derecho penal español. A) Consideraciones introductorias: la política criminal antiterrorista. B) Elementos históricamente empleados en la configuración legislativa de los delitos de terrorismo. C) El modelo legal vigente: concepto de terrorismo en el Código Penal de 1995. 4. Consideraciones finales y punto de partida para el debate. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se aborda el terrorismo desde una perspectiva conceptual, muy probablemente pueda compartirse la idea relativa a que la delimitación del mismo, al menos a efectos jurídicos, no importa tanto como la determinación de lo que deba considerarse como delito de terrorismo. De ahí que la primera cuestión a resolver cuando se plantea la noción de terrorismo desde una perspectiva jurídica sea la de si lo que se quiere determinar es en qué consiste el terrorismo o, diversamente, cuáles son las manifestaciones del mismo que interesan al Derecho, y más concretamente al Derecho Penal. Esto es, cuáles son los actos terroristas que se consideran relevantes a efectos penales. En este sentido, constituye un buen ejemplo de esta observación la sentencia del Tribunal

Supremo núm. 2/1997, de 29 de noviembre, en cuyo fundamento jurídico 6 advierte que *“la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analíticas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”*.

En efecto, a la hora de tratar esta materia, son comunes en la doctrina científica las consideraciones en torno a las distintas perspectivas desde las que puede acometerse al terrorismo como materia de estudio. Así por ejemplo, desde la óptica militar, el terrorismo ha venido siendo configurado como el supuesto paradigmático de los conflictos asimétricos; para la psicología, ha sido calificado como la forma más degradada de lenguaje; y desde un

planteamiento más amplio, el terrorismo no constituye sino el uso de la violencia política, o más propiamente, el uso sistemático de medios violentos en aras a la consecución de fines de naturaleza política. Es, en palabras de WALDMANN, “*una estrategia política basada en una economía de la violencia*”. De esta manera, desde cada uno de estos enfoques se han venido estableciendo las concretas características que el mismo fenómeno puede revestir.

La conclusión a la que se llega es mayoritariamente la misma: dado su carácter político, y el uso interesado que del terrorismo han hecho y vienen realizando determinados gobiernos y gobernantes, no sólo de concretos mecanismos generadores de terror, sino de medidas encaminadas a la supresión del terrorismo, resulta extremadamente difícil (por no decir imposible) la determinación de un concepto unánimemente aceptado del mismo. Buena prueba de ello da el elevado número de definiciones que de este fenómeno pueden encontrarse. Por el contrario, si algo parece que va haciendo mella, es la diferencia entre el Terror y el terrorismo; nociones que a nuestro parecer no deben ser confundidas, ya que mientras este último constituye una concreta modalidad de agresión contra el Estado, aquél alude a una determinada forma de gobierno implantada por el propio poder instituido.

Sin embargo, desde una perspectiva jurídica, y más concretamente jurídico-penal, en la que nosotros suscribiremos las consideraciones aquí realizadas, lo esencial no es tanto el concepto de terrorismo, sino lo que sea configurado como manifestación típicamente relevante del mismo, esto es, aquellas concretas conductas que sean conformadas normativamente como delitos de terrorismo y, en especial, lo que deba ser entendido por acto terrorista propiamente dicho. Si se tiene en cuenta que, como unánimemente mantienen doctrina y jurisprudencia, el terrorismo constituye un fenómeno delictivo caracterizado por consistir en la comisión de delitos comunes que se encuentran revestidos de determinados caracteres específicos, en los cuales se fundamenta la mayor carga de desvalor jurídico que se

les atribuye, resultará imprescindible, —a la hora de definir lo que ha de entenderse por terrorismo—, no sólo la determinación de qué concretas conductas se consideran terrorismo, sino de ese plus que les convierte en tales. Desde este punto de vista conviene, por tanto, poner de manifiesto cuáles han sido los distintos mecanismos, modelos y estrategias que, desde finales del siglo XIX y a lo largo principalmente del siglo XX, han venido empleando los diferentes textos legales a estos efectos. Para, una vez puestas de manifiesto las bases de las que debe partirse, realizar las consideraciones críticas que se consideren oportunas. Todo ello en el ánimo de fijar criterios que contribuyan a una delimitación más precisa de lo que debe considerarse por terrorismo a efectos penales.

No se ofrecerá, por tanto, una definición de terrorismo que venga a sumarse al abundante número de las ya existentes y que, como todas ellas, resultaría criticable por exceso o defecto. Nuestro propósito es más modesto. Únicamente queremos poner de manifiesto cuáles, de entre todos los elementos que han venido siendo empleados para definir el terrorismo, son los que deben ser manejados, y de cuáles no sólo se puede, sino que incluso sería conveniente prescindir, a efectos de evitar excesos en una materia de naturaleza tendente a sufrirlas. Y, en atención a tales consideraciones, incidir en los problemas que a nuestro parecer surgen con el actual modelo legislativo.

2. EL CONCEPTO DE TERRORISMO DESDE LA PERSPECTIVA INTERNACIONAL Y COMPARADA: LA CONEXIÓN CON LA NOCIÓN DE DELITO POLÍTICO

La atribución de relevancia penal a conductas opositoras al poder imperante, no necesariamente instaurado por el uso de la fuerza, pero que emplea al Derecho penal a modo de instrumento que garantice el mantenimiento de la situación del momento y la defensa de los

intereses del Estado, y no como un mecanismo de coexistencia ciudadana, resulta propia de los Estados de corte totalitario. De esta manera, toda actividad (en especial aquella que no reviste carácter violento) es considerada como delito, al que desde otros Estados de distinto corte ideológico se les añade el calificativo de político. Precisamente por ir dirigido al intento de lograr la implantación de libertades de esa naturaleza.

Sin embargo, no es lo mismo luchar por un ideal, que imponer el mismo por la fuerza de las armas y la violencia. En otras palabras, no cabe confundir el incriminar las ideas con la punición de los actos de violencia ejecutados en defensa de una ideología.

Junto a esta pretensión, naturalmente coexiste un principio moral de rechazar el uso de la violencia y la instrumentalización de personas para lograr objetivos políticos. Probablemente la mejor plasmación de este valor la haya señalado Stephen ZWEIG al recordar el panfleto de Castelio contra Calvino tras la quema de Miguel Servet, con esta célebre frase: “*Matar a un hombre para defender una idea no es defender una idea, es matar a un hombre*”.

Precisamente por los motivos apuntados, hoy es unánimemente admitido que la diferenciación que se establece entre ambas categorías delictuales obedece a la voluntad de negar al terrorista el trato privilegiado que se dispensa al delincuente político. La negación al terrorismo, en el ámbito internacional, de la condición de delito político atiende pues, a motivos eminentemente pragmáticos: no se desea que quienes practican estos últimos puedan aprovecharse de las ventajas que les confieren a quienes son acusados de cometer aquellos.

A) MARCO INTERNACIONAL UNIVERSAL: LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS

En el plano internacional, los primeros intentos de elaboración de un concepto de terrorismo vinieron constituidos con la inicial definición de “actos de terrorismo”, en el art. 1.2 de la *Convención de Ginebra para la prevención*

y represión del terrorismo, de 16 de noviembre de 1937 (la cual no entró en vigor por la falta de ratificación de los estados signatarios) en el que se entendía por tales a los “hechos criminales dirigidos contra un Estado, cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas o en la población”. Fórmula que seguía la línea finalmente adoptada en las anteriores Conferencias para la unificación del Derecho Penal, que tuvieron lugar entre 1927 y 1935, en las cuales se obvió la referencia a los objetivos políticos (contenidos en la “definición” de terrorismo acordada en la III de estas Conferencias, celebrada en Bruselas en 1930) para evitar posibles limitaciones de determinados derechos y libertades políticas por parte de los gobernantes.

Los acuerdos que en relación al terrorismo fueron adoptados con posterioridad, una vez finalizada la Segunda Guerra Mundial, mutaron el planteamiento del objetivo a cumplir y dejaron de buscar una definición de terrorismo internacionalmente aceptada, para centrarse en asegurar la extradición de quienes cometieran determinados actos de extrema gravedad, tales como: los ataques a aeronaves, que pueden ir desde el apoderamiento de las mismas (*Convención para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves*, firmado en La Haya en 1970), o la realización de actos de violencia que pongan en riesgo la seguridad de una aeronave en vuelo (*Convenio sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves*, firmado en Tokio en 1963; *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, firmado en Montreal en 1971 y ampliado en 1988 por el *Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional*, complementario del *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, hecho en Montreal el 23 de septiembre de 1971); los atentados contra la persona, libertad o dignidad de las personas consideradas internacionalmente protegidas (*Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusi-*

ve los agentes diplomáticos, firmado en Nueva York, en 1973); o el emplear como mecanismo para obligar a una determinada acción u omisión a un tercero, incluyendo a los Estados, actos atentatorios contra la libertad de personas (*Convención internacional contra la toma de rehenes*, firmada en Nueva York en 1979); y finalmente, la posesión ilícita o la utilización, transferencia o robo de materiales nucleares y la amenaza de su uso para causar la muerte o lesiones a una persona o daños materiales sustanciales (*Convención sobre la protección física de los materiales nucleares*, firmada en 1980).

En todos ellos se establece la obligación de los Estados parte de conceder la extradición o de proceder al enjuiciamiento de los responsables de tales actos para el caso de que fuera denegada aquella. En lo que a nuestros efectos interesa, no sólo en ninguno de ellos se hace mención alguna al terrorismo, sino que además, tampoco se contiene en la determinación de los actos ilícitos que se hacen merecedores de este trato especial, referencia a elemento subjetivo alguno (con excepción del relativo a la toma de rehenes), con lo que cabe preguntarse los motivos que llevaron a la aprobación de estos textos internacionales. Los cuales, atendiendo a los considerandos de cada uno de ellos, responden en principio a las graves perturbaciones que la comisión de los actos a los que se refieren genera a nivel internacional.

A partir de la *Convención para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, firmado en 1988, complementado por el *Protocolo de 2005 del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, que establece el régimen jurídico aplicable a los actos que atentaren contra la seguridad de la navegación marítima internacional, y del *Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental*, firmado en Roma en 1988, la situación cambia y comienza a hacerse referencia expresa al terrorismo. Aunque todavía sin definirlo.

El cambio definitivo tiene lugar a raíz de la firma de tres convenios de la Organización de las Naciones Unidas, a partir de la década

de los 90 del siglo pasado, en todos los cuales se hace alusión al terrorismo internacional y a la insuficiencia de los acuerdos particulares firmados hasta el momento para poner fin a tales actos.

Así, el *Convenio para la represión de los atentados terroristas cometidos con bombas*, de 1997, se refiere en su art. 2 a la entrega, colocación, arrojado o detonación de un artefacto o sustancia explosiva u otro artefacto mortífero con el propósito de causar la muerte o graves lesiones corporales a personas, o la destrucción significativa de determinadas instalaciones que enumera expresamente. Estableciendo la obligación para los Estados firmantes de hacer que tales actos “*en particular los que obedezcan a la intención o el propósito de crear un estado de terror en la población en general, en un grupo de personas o en determinadas personas, no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar*” (art. 5). En este caso, y pese a ir directamente dirigido a eliminar actos terroristas, no realiza delimitación alguna de los mismos, pues parte de la idea de que no todos los actos delictivos objetivamente descritos tienen por qué ser terrorismo, al existir el derecho de los pueblos a luchar por su libre autodeterminación con cualesquiera medios de los que puedan valerse.

Por su parte, el art. 2 del *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo*, de 1999, califica como delito recolectar “*fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer*”, además de los actos especificados en el resto de acuerdos firmados hasta el momento, “*cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población y obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo*”.

Finalmente, el *Convenio internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear*, de 2005, califica como delito en su art. 2, el poseer material radiactivo o fabricar o poseer un dispositivo “i) con el propósito de causar la muerte o lesiones corporales o graves; o ii) con el propósito de causar daños considerables a los bienes o al medio ambiente”. Así como utilizar en cualquier forma material radiactivo o un dispositivo, o utilizar o dañar una instalación nuclear en forma tal que provoque la emisión o entrañe el riesgo de provocar la emisión de material radiactivo, con los propósitos anteriormente referidos y además, “iii) con el propósito de obligar a una persona natural o jurídica, una organización internacional o un Estado a realizar o abstenerse de realizar algún acto”.

Como puede observarse, se ha avanzado en la técnica empleada, pasando de la simple enumeración de determinados delitos sin especificación alguna (una técnica legislativa eminentemente casuística), a la fijación de los medios y los fines inmediatos y mediatos (sin hacer referencia a los últimamente pretendidos, que pueden revestir cualquier naturaleza). Sin duda, con el objetivo de lograr el acuerdo de los Estados firmantes y excluir de la aplicación de tales convenios a aquellos comportamientos que se configuren como resistencia nacional. La técnica legislativa en el reciente convenio de 2005 (que todavía no ha entrado en vigor, al no haber obtenido la ratificación de un número suficiente de Estados para ello) es la misma que la empleada en el de 1999.

Debe resaltarse que ya no se hace mención al ánimo o al efecto de causar terror en la población, sino exclusivamente al uso de la violencia como mecanismo para obligar a un Estado (o a un sujeto en derecho internacional) a desarrollar el comportamiento deseado por los sujetos activos. Este cambio de criterio supone, a nuestro parecer, un traslado en la definición del terrorismo, del originario efecto creador de terror en el sujeto pasivo contra el que se dirigen tales actuaciones, a su configuración como un mecanismo mafioso de coacción. Tal circunstancia reviste una importancia básica por cuanto que supone un paso más en la configu-

ración del terrorismo como un delito común y no político, a la que ya hemos aludido.

Es cierto que el terrorismo no cabe sólo en los sistemas democráticos (las actuaciones de ETA bajo el régimen autoritario franquista no difieren en su naturaleza de las ejecutadas tras la instauración de nuestra actual democracia). Sin embargo, sí puede afirmarse que la esencia del terrorismo, como violencia política que es, viene caracterizada por suponer una quiebra de las normas procedimentales de participación y de toma de decisión legalmente adoptadas. De ello se deriva que el acento no deba recaer, en una primera aproximación, sobre el concreto fin ulteriormente perseguido, sino precisamente, sobre el modo en que el mismo pretende ser materializado; esto es, el propósito de imponerlo mediante la violencia. Se llega así a la esencia del delito de terrorismo, que no es tanto la voluntad de crear terror en el grupo instrumentalizado (por el contrario esto supone un efecto inevitable, pero colateral), cuanto el obligar por medio de la materialización reiterada de actos gravemente atentatorios contra los bienes jurídicos más básicos y esenciales, como puedan serlo la vida, la integridad física y la libertad de los ciudadanos, a que tenga lugar aquello que se pretende. Lo que supone una forma de actuar más propia de determinadas clases de organizaciones criminales que de las tradicionales asociaciones políticas ilícitas.

B) MARCO INTERNACIONAL REGIONAL: LA UNIÓN EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea hemos de referirnos al *Convenio Europeo para la represión del terrorismo* de 1977, firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa, el cual procedía en el sentido de los Convenios internacionales firmados en aquella época, limitándose a establecer la no consideración como delito político, así como su naturaleza de delitos por los que cabe la extradición (salvo que existan sospechas de que los mismos se persiguen por motivos de discriminación), de un conjunto de delitos que además coinciden, en gran medida, con los contenidos en

los Convenios internacionales firmados hasta el momento. Con lo que poco (por no decir nada) añade a lo ya establecido en su momento, salvo el hecho de constituir un acuerdo propio de la Unión Europea.

La situación ha cambiado ligeramente en el actual siglo XXI, con la aprobación de dos normas adoptadas por el Consejo de Seguridad, básicas en este ámbito: la Decisión Marco (2002/475/JAI) sobre *la lucha contra el terrorismo*, de 13 de junio de 2002 (DOCE L164 de 22 de junio de 2002, pp. 3 a 7) y la Decisión Marco (2002/584/JAI) *relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los estados miembros*, de la misma fecha que la anterior (DOCE L190 de 8 de julio de 2002, pp. 1-12). Con las mismas se logran dos cosas: la elaboración por vez primera de lo que ha de entenderse por delito terrorista en la Unión y la sustitución de los acuerdos de extradición entre los Estados miembro por la orden de detención europea (o euro-orden) respecto de los delitos de terrorismo. En el convencimiento de que la colaboración internacional resulta imprescindible para poder poner fin a este tipo de delitos.

En lo que al concepto de terrorismo se refiere, la técnica empleada consiste en la enumeración de una serie determinada de actos, caracterizados todos ellos por constituir actos graves contra bienes jurídicos básicos (vida, integridad física y libertad de personas), así como la destrucción masiva de instalaciones y medios de transporte, cuando con ello se puedan poner en peligro vidas humanas, haciéndose referencia al uso de armas de fuego, explosivos, armas nucleares y biológicas y químicas, en tanto que por su peligrosidad los mismos “puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional”, cuando sean cometidos para lograr determinados objetivos.

Por tanto, lo que convierte a estos delitos comunes en terroristas es el hecho de que sean cometidos con alguna de las siguientes finalidades: “intimidar gravemente a una población; obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; o desestabilizar

gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional”.

Sin embargo, la configuración del terrorismo así realizada no resulta, a nuestro parecer, satisfactoria. Y ello por los siguientes motivos: en primer lugar, los fines se presentan de forma alternativa, no acumulativa, con lo que basta con que concurra uno de ellos para poder configurar a las conductas listadas como constitutivas de terrorismo, de forma que lo esencial en la definición de terrorismo sigue consistiendo en precisar aquellas circunstancias que hacen que un delito común se haga merecedor de ese mayor desvalor jurídico que se le atribuye a los delitos de terrorismo, lo cual sigue sin quedar definido de forma adecuada si las finalidades se analizan de forma individual.

La enumeración alternativa no presentaría problema alguno si no fuera porque se mezclan en esta definición medios y fines, por cuanto que las dos primeras finalidades constituyen los mecanismos a través de los cuales puede llegarse a la última de las enunciadas, todas ellas con un objetivo ulterior que carece de relevancia a efectos jurídicos. Así pues, no parece apropiada la técnica empleada dado que, considerados por separado, carecen de elementos suficientes para configurar aquello por lo que tales conductas merecen ser calificadas como terroristas y por tanto, merecedoras de un trato más gravoso (el más gravoso, de hecho). En efecto, las dos primeras finalidades pueden ser configuradas como propias de la delincuencia organizada común, dejando bien sentado que la primera de ellas, ni siquiera tiene por qué constituir una finalidad buscada, sino un resultado derivado de las actuaciones realizadas.

Mayor precisión tiene la última de las finalidades enumeradas que, en nuestra opinión, es la que realmente debe configurarse como propia de un delito de terrorismo, por cuanto que tal objetivo suele ser lo que se persigue como paso previo para materializar el fin últimamente pretendido. De modo que entonces, si ya se formula una lista de los concretos medios a través de los cuales puede considerarse

materializado el terrorismo, no resulta correcto el añadirle nuevos elementos teleológicos relativos, a su vez, a mecanismos a través de los cuales pretenden hacerse efectivos los resultados. Y no resulta correcto fundamentalmente por el efecto expansivo que esta técnica comporta para el ámbito de aplicación de la norma. Por nuestra parte consideramos que la especificación de los mecanismos concretos mediante los que se lleva a cabo, esto es, las concretas conductas delictivas cometidas, junto con el propósito de desestabilizar gravemente o destruir, como paso necesario para lograr el fin último, constituyen elementos suficientes para configurar aquellos comportamientos que pueden ser calificados de terroristas. Resulta criticable de la redacción dada al precepto, el que al eliminar los criterios distintivos entre la delincuencia terrorista y la delincuencia común grave, se difuminen los motivos en los que fundamentar el trato gravoso que se dispensa a aquella sobre todas las demás y especialmente, entre la delincuencia organizada de carácter común y generalmente grave. Salvo que lo que se pretenda en la actualidad sea la equiparación entre ambas, dispensándoles un mismo tratamiento o cuanto menos similar.

Esta evolución legislativa debe naturalmente inscribirse en su contexto político, que en el caso que nos ocupa transita por dos situaciones estratégicas mundiales muy diferentes. En primer término, un mundo dividido en dos grandes bloques, periodo caracterizado por la descolonización y la llamada “guerra fría” en donde hunden sus raíces diferentes movimientos terroristas, generalmente vinculados a movimientos inspirados en “la lucha de clases” o de raíz nacionalista. Y el actual, de hegemonía norteamericana, salpicado de “nuevas amenazas y riesgos”, de una profunda transformación en los medios de producción, de enormes cambios en todas las áreas, y donde el terrorismo *yihadista, neosalafista o islámico radical*, ha alcanzado el protagonismo internacional.

C) EL TERRORISMO EN LOS ORDENAMIENTOS DE LOS ESTADOS DE NUESTRO ENTORNO

El último ámbito que queda por analizar en este apartado es el de derecho comparado. Así, atendiendo a las soluciones adoptadas en los ordenamientos jurídicos de los Estados geográfica e ideológicamente más próximos a nosotros, podría afirmarse que la técnica legislativa empleada a tal efecto es casuística, consistiendo en la enumeración de conductas que generalmente integran delitos comunes graves. A partir de aquí pueden distinguirse dos modelos. El primero recibe el nombre de *objetivo*, pues establece el concepto por la pertenencia a una asociación terrorista y a la realización de delitos comunes graves (así por ejemplo, el parágrafo 129 del CP alemán). El segundo sistema, mayoritario en Europa, es denominado *mixto subjetivo-objetivo*, por requerir expresamente una determinada finalidad: intimidar a la población; subvertir el sistema democrático o alterar gravemente el orden público (como son los casos de España, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido). La exigencia de finalidad se justifica en la necesidad de diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos violentos cometidos por grupos organizados. Sin embargo, a la exigencia de una finalidad específica se le han opuesto una serie de críticas a las que aludiremos con posterioridad. En todo caso, encontramos un factor común en ambos modelos: se criminalizan sólo los medios violentos, no las ideas políticas. Tal vez por esta difícil separación entre violencia y política no se haya alcanzado plenamente la autonomía en la definición de las conductas terroristas. En cualquier caso se puede avanzar que el terrorismo se manifiesta a través de la violencia, esto es, en la comisión de conductas que en sí mismas ya constituyen delito. Desde luego, tampoco por separado los elementos de organización o finalidad son suficientes. Sólo con la combinación de todos ellos se ha pretendido lograr un mínimo de precisión conceptual. La clave de la noción de terrorismo deberá consistir, pues, en la determinación de aquellos elementos que califican a la violencia ejercida y que la distingue de esa misma violencia cuando es producida en otro contexto o con una finalidad distinta.

3. EL CONCEPTO DE TERRORISMO EN DERECHO PENAL ESPAÑOL

A) CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS: LA POLÍTICA CRIMINAL ANTITERRORISTA

La doctrina coincide en fijar el nacimiento del terrorismo (que no del Terror) a finales del siglo XIX. Momento en que la “propaganda por el hecho” comienza a hacerse efectiva mediante el uso de la dinamita. En esta época tienen lugar también entre nosotros, al igual que en el resto de Europa, las actuaciones llevadas a cabo principalmente por los anarquistas, contra los que se dirigieron las primeras normativas destinadas a reprimir esta clase de delincuencia.

Desde entonces, si algo ha caracterizado de forma permanente a nuestra normativa antiterrorista, han sido las notas de especialidad, excepcionalidad y emergencia. Y es que, en mayor o menor medida, estos rasgos se han ido alternando o han sido predicables de manera simultánea respecto de las distintas disposiciones legislativas que han estado dedicadas a afrontar este fenómeno. Fenómeno que, por otra parte, ha estado presente de forma casi continua en nuestra historia reciente y que, por tanto, ha generado una dilatada experiencia legislativa en esta materia.

Como ya puso de manifiesto en su momento BUENO ARÚS, los principios esenciales que han caracterizado y todavía hoy siguen caracterizando nuestra legislación antiterrorista dentro del periodo democrático, son: fijación de unas consecuencias jurídico penales más gravosas que en otras áreas delictivas; la conminación penal de actividades previas a la comisión de los actos terroristas en sí mismos considerados, en particular de figuras vinculadas a una configuración extrema de la apología; su enjuiciamiento por jurisdicciones especiales; la previsión de especialidades procesales que convierten al proceso previsto para este tipo de

delitos en sumario, así como la autorización de medidas cautelares o de investigación especiales; la previsión de medidas preventivas especiales; el establecimiento de toda una serie de acciones a nivel administrativo, como la previsión de un tratamiento penitenciario especial, o la creación de unidades especializadas en la lucha contra el terrorismo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y la creación de centros superiores de coordinación; la previsión de normas beneficiosas para los terroristas arrepentidos o que colaboren con las Autoridades, como mecanismo para fomentar el abandono por parte de estos de sus actividades delictivas; la asunción por parte del Estado de la obligación de satisfacer la responsabilidad civil derivada de la comisión de tales actos y en particular de normas especiales para las víctimas de estos delitos; y finalmente, el establecimiento de los mecanismos necesarios para posibilitar una mayor cooperación internacional en relación a estos delitos.

Es también común en la doctrina que otra de las líneas básicas que han guiado la política criminal en materia antiterrorista, ha sido la tipificación de los delitos de terrorismo en leyes especiales, más accesibles a las modificaciones que se estimara necesario introducir en cada momento. Modificaciones o reformas, por cierto, demasiado frecuentes como para ser consideradas resultado de una política criminal meditada y adecuada, respondiendo más bien, cada una de ellas, a las concretas circunstancias coyunturales que forzaron y fuerzan, una reacción de los poderes públicos, con independencia de cuál sea ésta.

Igualmente, los modelos que se le presentan como posibles al legislador a la hora de tipificar los delitos de terrorismo, son dos: la determinación del terrorismo de forma autónoma, con sus propios elementos; o por el contrario, mediante la referencia a un conjunto más o menos amplio de delitos comunes (generalmente los de naturaleza más grave) a los que se les atribuye una especial significación por la concurrencia de algunas o todas las notas a las que seguidamente nos referiremos. La primera de las técnicas no ha sido empleada nunca por

ninguno de nuestros legisladores. La segunda por el contrario, ha venido variando entre el uso de listados de concretos delitos a los que se les ha añadido una serie de elementos cualitativos, o la especificación, para cada uno de los delitos comunes que han configurado un tipo autónomo, de sus propios caracteres.

B) ELEMENTOS HISTÓRICAMENTE EMPLEADOS EN LA CONFIGURACIÓN LEGISLATIVA DE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Si se parte de la base de que la ausencia de una noción expresa de terrorismo obliga a que la misma deba ser inferida de los elementos que configuran las distintas infracciones penales calificadas de terroristas, las consideraciones críticas que sobre aquel concepto pretendan hacerse, habrán de ir referidas precisamente a estos elementos.

A este respecto, como señalara en su momento ARROYO ZAPATERO, la noción de terrorismo puede elaborarse atendiendo a los medios empleados, los resultados producidos y la finalidad perseguida con ellos. Estas tres categorías básicas o genéricas pueden ser precisadas de diversas maneras, al igual que también pueden sumarse otros elementos que no quedan englobados en ellas. Elementos todos ellos que han sido empleados, tanto a nivel internacional como nacional y que, en función de cómo sean concretados y alternados, harán variar la concepción de lo que debe entenderse por terrorismo.

a) Bien Jurídico

Entre los primeros ha de hacerse referencia al bien jurídico lesionado o puesto en peligro. En relación al mismo y dado el general entendimiento del terrorismo como delito pluriofensivo, puede hacerse alusión tanto al bien jurídico individual afectado de forma inmediata por el comportamiento desarrollado (básicamente la vida, la salud, la libertad y el patrimonio), como al bien jurídico sobre el que se actúa de manera mediata, el cual ya no

es de carácter individual, sino colectivo (que ha ido variando entre la seguridad exterior e interior del Estado, el orden público, y más recientemente, la seguridad jurídica y el orden democrático).

Partiendo de la concepción procedimental del bien jurídico elaborada por VIVES ANTON, esto es, entendiéndolo como una justificación de la existencia del tipo y no como un elemento constitutivo del mismo, en atención a la evolución legislativa que en relación al terrorismo ha tenido lugar entre nosotros, puede observarse que se ha evolucionado desde el inicial orden público (con la Ley de 10 de julio de 1894, de explosivos y la Ley de 2 de septiembre de 1896, de represión del anarquismo), pasando por la seguridad interior (y en ocasiones incluso la exterior) del Estado, como es el caso de la Ley de Seguridad del Estado, de 29 de marzo de 1941, hasta la actual configuración del mismo como la pervivencia de la propia institución estatal frente a quienes se erigen contra ella.

Igual transición ha tenido lugar en lo relativo al bien jurídico inmediatamente afectado, el cual ha pasado de ser ignorado (por cuanto que se tipificaban como terrorismo conductas de mera actividad que no requerían la producción de resultado alguno) como fueron las referidas leyes de finales del siglo XIX, llegando a ser conformada como una mera circunstancia agravante de la pena a imponer (por ejemplo el Código Penal de 1944), llegando finalmente a estar reconocido de forma expresa, tal y como sucede en la actual legislación.

b) Sujeto activo

El sujeto activo ha constituido otro de los elementos que han servido de base para elaborar jurídicamente la noción de terrorismo. Tan es así, que no sólo en derecho comparado (como es el caso alemán), sino también nuestro legislador, en más de una ocasión, ha hecho depender exclusivamente el delito de terrorismo de este elemento y de la conducta delictiva realizada.

En esta sede se le plantea al legislador una cuestión esencial: si decide otorgar al delito de terrorismo naturaleza común, o por el contrario considera que éste es un delito que no puede ser cometido por cualquiera; con lo que no le queda más remedio que configurarlo como un delito especial. Igualmente deberá decidir si el delito de terrorismo requiere, en cuestión de autoría y participación, unas reglas específicas y propias, al igual que la criminalidad organizada común, por ser un delito plurisubjetivo, o por el contrario es suficiente con las reglas generales establecidas en la parte general. La solución adoptada por nuestro legislador del 95 fue, al menos hasta el 2000 (con la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2000, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, con los cambios incorporados en el art. 577 CP, en atención a los cuales ya no es necesaria la existencia de vinculación alguna a una organización terrorista, quedando sujeto el concepto de terrorismo a dos elementos: los concretos delitos a los que se hace referencia en el mismo, y el elemento subjetivo que se le exige al sujeto activo), la de optar por la exigencia de la concurrencia de una organización terrorista, incorporándose o equiparándose, al menos en lo que a este aspecto se refiere, a la delincuencia organizada común. No en vano, las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas constituyen una modalidad agravada de las asociaciones ilícitas penalmente tipificadas. Modalidad agravada que el Tribunal Supremo justificó en su sentencia núm. 338/1992, de 12 de marzo, en el hecho de que *“la banda y la organización tienen una mayor entidad en tanto que buscan la subversión del orden social establecido o la derrocaión del sistema democrático que como programación política regula el desenvolvimiento de un Estado, su presente y su futuro, y el ejercicio de los derechos y obligaciones de la ciudadanía, en cualquier caso por métodos violentos, inhumanos e insolidarios que en el supuesto de la organización terrorista o rebelde implican la finalidad expresa de infundir terror a todos los niveles. Ello no obstante, en la práctica coinciden*

los procedimientos deleznable utilizados por las bandas y las organizaciones, unidas en una misma finalidad destructiva”.

Así, en relación a este elemento, nuestros sucesivos legisladores han pasado desde tiempos decimonónicos hasta nuestros días por una serie de etapas: una primera en la que se punía la pertenencia a organizaciones dedicadas a la comisión de delitos de terrorismo, sin la exigencia de la concurrencia de la misma para la existencia del delito en sí mismo considerado. Con otras palabras, el delito de terrorismo tenía una fórmula específica en la que no era necesario que fuera cometido por un grupo organizado, siendo este hecho recogido en un delito autónomo. El punto de inflexión vino determinado por las leyes números 42 y 44, de 15 de noviembre de 1971, por las que se reformaban el Código de Justicia Militar y el Código Penal. Como es sabido, tales disposiciones fijaron el criterio determinante del texto legal aplicable y, por tanto, de la jurisdicción competente y del procedimiento que debía seguirse, en el carácter organizado y sistemático de las actuaciones. Elemento que se concretó mediante la existencia o no de asociaciones o grupos organizados, de forma tal que la jurisdicción militar era competente para el enjuiciamiento de aquellas actividades que se produjeran, no de modo episódico e individual, sino como acciones que provinieran de grupos u organizaciones con el carácter de mayor permanencia, en tanto que correspondía a la jurisdicción ordinaria conocer de *“los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables”*. De esta manera, la existencia de un grupo organizado se constituyó en elemento en atención al cual se determinaba la normativa aplicable, pero no la existencia de los delitos de terrorismo, que podían seguir siendo cometidos por personas que actuaran a nivel individual. Con lo que a efectos conceptuales la situación seguía siendo la misma.

Como decimos, estas leyes, aunque no revisaron el paso decisivo en el sentido de la configuración de la existencia de un grupo organizado como elemento típico del delito de terrorismo, sí supusieron el paso previo para la

consolidación de tal modelo legislativo. Modelo que sería implantado con la promulgación de las leyes 56/1978, de 4 de diciembre y la 82/1978, de 28 de diciembre, de modificación del Código Penal en materia de terrorismo, las cuales supusieron la desaparición del *nomen iuris* del terrorismo del Código Penal, al derogar sus artículos 260 a 262 y los preceptos contenidos en su anexo (que eran los relativos al terrorismo contenidos en el Código de Justicia Militar y que habían sido trasladados del texto punitivo castrense al común por el Decreto-Ley 3/1977, de 4 de enero, sobre competencia jurisdiccional en materia de terrorismo), pasando a configurar legislativamente este delito en atención a la enumeración de una serie de delitos comunes que resultan cualificados por la integración de su responsable en grupos organizados y armados (como fue el caso del Real Decreto-Ley de 30 de junio de 1978). Dicha técnica legislativa (aunque con cambios pues, como ya se ha expresado, desde que tuvo lugar la reforma del art. 577 CP operada por la LO 7/2000, existe un doble rasero para determinar qué ha de considerarse terrorismo. Si se atiende al art. 574 CP, la existencia y vinculación a una banda armada, organización o grupo terrorista, junto con el elemento subjetivo contenido en el art. 571 CP genera que cualquier infracción penal sea considerada terrorismo. En tanto que si no existe esa vinculación a la organización, los criterios sobre los que sustenta la noción de terrorismo son el elemento subjetivo exigido (al que se añade una nueva modalidad) y la comisión de determinadas infracciones que vienen listadas en un sistema de *numerus clausus*. Como se ve, la existencia de una pluralidad organizada de sujetos es el criterio sobre el que se hacen recaer las divergencias en la conceptualización de estos delitos. Divergencias que han sido mantenidas hasta la actualidad.

Este sistema ha generado una consecuencia que debe ser puesta de manifiesto. La pieza clave para determinar cuándo se aprecia un delito de terrorismo o no, se ha hecho depender del elemento organizativo, en cuanto que el mismo resulta adecuado para materializar el carácter sistemático en la comisión de los actos vio-

lentos que se le exige al terrorismo. De ahí que el Tribunal Supremo haya podido afirmar en el fundamento jurídico 46 de su sentencia núm. 1025/2007 de 19 de enero que, en atención a la doctrina constitucional y la propia suya a la que hace referencia previamente, se puede “comprobar que será el carácter reiterado de forma regular, de las acciones violentas, capaces de crear en la población la figuración de alarma o inseguridad, así como la finalidad perseguida, lo que configurará la acción como terrorista, frente a las acciones aisladas o no permanentes que no alcanzarían tal consideración. Y, que, de cualquier modo, el concepto de terrorismo, organización o grupo terrorista, no siempre se identifica con el de banda armada, como hace la sentencia recurrida, sino que es la naturaleza de la acción cometida, la finalidad perseguida con esta actuación, la que determina el carácter terrorista o no de la misma, para cuya comisión se constituye, o en la que incurre una vez constituida”. Sin embargo, aun admitiendo que el carácter reiterativo y sistemático sea un elemento válido para determinar el concepto de organización terrorista (por cuanto que la continuidad temporal es un factor determinante de la existencia del grupo), no creemos que sea un criterio válido a la hora de definir lo que es terrorismo, pues el mismo ha de atender a lo que constituye un acto terrorista.

Por otro lado, el recurso al elemento organizativo o estructural a la hora de configurar el delito de terrorismo ha supuesto que se haya dedicado más atención a las nociones de banda armada, organización, grupo e incluso elemento terroristas, que del propio terrorismo. Nociones por cierto que tampoco han sido elaboradas legislativamente, sino que tal papel ha sido asumido por la jurisprudencia y la doctrina. Los inconvenientes que se han derivado de esta circunstancia serán tratados, sin embargo, en el último epígrafe baste por el momento con su mera enunciación.

c) Sujeto pasivo

En lo que al sujeto pasivo se refiere, no consideramos oportuno, ni funcional a efectos de tipificación, el incluir en la definición de terro-

rismo al mismo. Y ello por una mera cuestión de adaptación a la realidad. La determinación del sujeto pasivo constituye una técnica jurídica que ha sido empleada especialmente en el plano internacional, ámbito jurídico en el que los sujetos de Derecho son bastante limitados. Sin embargo, si algo ha demostrado respecto del terrorismo la experiencia empírica habida hasta el momento, es que el sistema de elección de las víctimas varía en función de los intereses y circunstancias del momento, habiéndose atentado tanto contra determinados cargos públicos por el valor simbólico que tales actos contenían, como fue el caso del terrorismo anarquista o pudieran serlo las actuaciones de ETA en determinados momentos; como también se han llevado a cabo actos indiscriminados en los que era completamente indiferente quién fuera la víctima, siempre que la hubiera. De hecho, parece que de un tiempo a esta parte lo que prima es rentabilizar en la mayor medida posible cada una de las actuaciones que se lleven a cabo, lo cual implica lograr cuanta repercusión pueda obtenerse. Circunstancia que, a fin de cuentas, se traduce en provocar el mayor número de víctimas posible. Claro ejemplo de esta tendencia son los actos cometidos el 11-S de 2001, el 11-M de 2004 y el 7-J de 2005. Por no mencionar los habidos en países de oriente próximo y medio. Es decir, ya no se busca la generación de la víctima, sino de las víctimas. El que cualquiera, por tanto, pueda ser víctima de un acto de terrorismo, y que desde luego toda la sociedad en el que el mismo tenga lugar se constituya en sujeto pasivo del mismo, hace que las referencias a tal elemento pierdan toda función delimitadora, siendo por tanto su inclusión disfuncional a los efectos pretendidos. De ahí que el Tribunal Supremo haya llegado a afirmar en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia 85/98, de 27 de enero, que para la existencia del delito de terrorismo *“resulta indiferente si la agresión está dirigida contra la generalidad de la población o contra un determinado grupo, colectividad o institución”*.

Más acertado parece el uso que sí ha hecho de este elemento nuestro legislador a la hora de elaborar subtipos agravados.

De la misma manera que hacer referencia al sujeto pasivo como elemento definitorio constituye una opción inadecuada por no añadir nada al mismo, idéntica afirmación cabe realizar en atención al objeto material sobre el que recaigan los actos terroristas. Y ello porque tal decisión tampoco supone ningún valor añadido al concepto que de terrorismo puede darse con el mismo, y porque legislativamente, como ya advirtiera GUTIÉRREZ LANZA respecto del CP de 1944, *“al pretender[se] la plenitud de precisión penal por vías de detalle, introduce en el Texto legal el mismo germen de su impotencia”*.

d) Elemento subjetivo

Otro de los elementos empleados por el legislador para configurar los delitos de terrorismo (y de forma indirecta) para definir al terrorismo, ha sido la exigencia de la concurrencia en el ánimo del sujeto activo de un determinado elemento subjetivo, configurado como la finalidad perseguida a la hora de llevar a cabo tales actos.

Como anunciábamos con anterioridad, este ha sido uno de los elementos más criticados por la doctrina, por la dificultad probatoria que presenta, las equiparaciones entre medios y fines que el legislador ha venido realizando, y por abocar a una suerte de pensamiento tautológico. Ciertamente, la exigencia de este elemento resulta polémica y difícil de determinar. Sin embargo, que los actos terroristas se cometen con un objetivo o un propósito definido, es algo que puede afirmarse si se parte de la consideración del terrorismo como una estrategia de actuación (de entre todas las que se presentan como posibles). Tal elemento no puede, por tanto, ser obviado.

De entre las finalidades que pueden distinguirse en relación al terrorismo cabe distinguir tres: la inmediata, relativa al concreto delito cometido, que sirve como mecanismo de ac-

tuación. Una segunda que reviste un carácter mediato, consistente en el ánimo de quebrar las bases sobre las que se asienta el sistema político instituido, para una vez conseguido eso, lograr el fin ulteriormente perseguido, en atención al cual se realizan todas las actuaciones previas. Esta finalidad perseguida, que constituye la tercera de las clases diferenciadas, puede revestir una naturaleza política, o últimamente incluso religiosa y, como ya se ha dicho, carece a efectos de punición de relevancia típica (aunque no siempre ha sido así, como por ejemplo ocurría con las ya aludidas leyes 42 y 44 de 1971, en las que se hacía referencia “*al fin de atentar contra la seguridad del Estado la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional y el orden público*”, fórmula que iba dirigida a las organizaciones terroristas independentistas). De ahí que el Tribunal Supremo haya podido afirmar en el fundamento jurídico segundo de su sentencia núm. 633/02, de 21 de mayo, que “*la actividad delictiva de ETA tiene por finalidad obtener la independencia de Euskadi, no como opción ideológica, que como tal puede tener cabida en el marco del pluralismo político que es uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico, sino como imposición de una opción que excluye las demás y busca el exterminio del pluralismo ideológico mediante los más graves actos de aterrorización social*”.

Para poder dar debida respuesta a la cuestión relativa a si ha de atenderse o no a la finalidad perseguida a la hora de cometer actos terroristas, debe partirse de otra premisa: el terrorismo es violencia política, esto es, el ejercicio de violencia como mecanismo para hacer efectivos unos determinados objetivos políticos o de cualquier otra naturaleza. Cuáles sean esos concretos fines carece de importancia, por cuanto que, como puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico séptimo de su sentencia núm. 48/2003, de 12 de marzo, “*cualquier proyecto [político] es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales*”. De ahí que pueda llegarse a la

siguiente conclusión: si el terrorismo es violencia común con finalidad política, y esa violencia se manifiesta mediante la comisión de delitos comunes que resultan cualificados precisamente por la finalidad política por la que se han realizado, no puede renunciarse a dicho elemento, ni a la hora de definir el terrorismo, ni a la de plasmarlo legislativamente. Cuestión distinta es la innegable dificultad probatoria que ello conlleva y en qué concreta fórmula típica se plasme. Tal vez ésta sea una cuestión apropiada para dejarla abierta a un debate que tenga en cuenta las circunstancias actuales. Lo que desde luego resulta innegable a nuestro entender, es su necesidad. Nótese que incluso en los sistemas objetivos, en los que no se hace referencia alguna a la necesidad de elemento subjetivo, a los delitos comunes se les añade la existencia de una organización. Es decir, siempre hay algo que sirve de justificación del incremento del desvalor jurídico que se atribuye al terrorismo. Dadas las críticas ya referidas y las que realizaremos más adelante al denominado doctrinalmente elemento estructural, somos más partidarios de esta solución.

A este respecto conviene destacar que el Tribunal Supremo, a la hora de fijar los elementos que determinan la existencia de una banda armada, afirmó en el fundamento jurídico décimo quinto de su sentencia núm. 2/1998, de 29 de julio, que “*por último, se requiere un especial elemento subjetivo de injusto. No basta con que objetivamente las acciones de la banda armada causen la inseguridad en la población a que antes nos hemos referido. Es necesario que la organización como tal tenga por finalidad crear esa mencionada inseguridad o miedo colectivo, ya sea para subvertir el orden constitucional o, sin tal subversión, alterar gravemente la paz pública, finalidad alternativa a que se refiere el art. 571 CP vigente: de este modo, se sintetiza lo que venía siendo doctrina de esta Sala. Por ello, son bandas armadas tanto las que se pretenden alterar el orden establecido, es decir, en el actual sistema jurídico, el Estado social y democrático de Derecho al que se refiere el art. 1º de la Constitución, como aquellas otras que, con la finalidad última de afirmar nuestra democracia luchando contra*

las organizaciones que pretenden acabar con ella, tienen como fin inmediato la mencionada grave perturbación de la paz pública por la utilización del armamento que poseen o por la concreta clase de delito de especial alarma colectiva que cometen, capaces por sí mismos de alterar esa normalidad de la convivencia ciudadana sin la cual no se pueden ejercitar adecuadamente los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento constitucional: en definitiva, también un atentado contra nuestra Ley Fundamental”.

A nuestro entender, las dificultades probatorias no pueden servir de referente a efectos definitorios, pues ambas son cuestiones que se plantean en ámbitos autónomos entre sí. Con lo que no creemos que tal motivo sea una crítica acertada a su uso a efectos conceptuales. En cuanto a las equiparaciones entre medios y fines, las mismas constituyen más un problema legislativo que conceptual, y puede resolverse cambiando la fórmula legislativa empleada. Y, en lo que se refiere a la última de las críticas apuntadas, es decir, a la generación de un pensamiento tautológico, puede evitarse construyendo el mismo, no desde el recurso a una fórmula que lo plasme con la referencia a las actividades y objetivos de los grupos o bandas armadas, sin especificar cuáles son, como ocurría con la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, sino dándole un contenido distinto: el subvertir el orden político constituido —que no tiene por qué ser democrático—. En conclusión, el elemento subjetivo que cualifica e individualiza al terrorismo es el del empleo de la violencia para alterar y romper los mecanismos de regulación social legalmente establecidos, para con ello lograr un específico objetivo. Tal ha de ser por tanto a nuestro parecer, el elemento subjetivo a emplear.

Tanto a nivel nacional como internacional, se ha empleado en ocasiones como elemento subjetivo el ánimo de generar terror en determinados colectivos o grupos sociales. En nuestra opinión tal referencia no es necesaria, pese a que el terrorismo se caracterice precisamente por la generación de ese efecto. Y ello por el siguiente motivo: el que la producción del resultado consistente en generar terror tenga o no

lugar, no puede ser tenido en cuenta en el plano conceptual, pues puede producirse un acto terrorista que por determinadas circunstancias específicas del momento no lo cause (piénsese por ejemplo en el asesinato de una sola persona, tras una campaña reiterada de atentados cometidos mediante explosivos que han generado un elevado número de víctimas).

Pero la anterior consideración atiende al terror configurado como efecto. Si por el contrario se le considera como elemento subjetivo, esto es, como propósito buscado, con la fórmula actualmente exigida en el Código Penal, consistente en “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, puede descartarse este elemento, al poder considerarse al mismo contenido en los dos reseñados, de forma que su enumeración expresa resulta reiterativa, y por ello innecesaria. ¿Qué mejor forma de impedir el normal ejercicio de los derechos fundamentales que generando temor hasta el punto de convertir a cualquier ciudadano en objetivo potencial de un atentado mortal?

e) Conducta típica

De todos los que han sido empleados hasta el momento, el elemento que más puede hacer variar el concepto de terrorismo es el de la conducta. Puesto que es precisamente el mayor o menor número de delitos comunes a los que se haga referencia, lo que hará variar aquello que se entiende por terrorismo. Y, como más adelante se dirá con detalle, el modo de limitar el concepto de terrorismo viene por vía de la determinación de lo que es un acto terrorista, cuya formulación expresara hace ya tiempo VIVES ANTÓN. De forma que por terrorismo deberá entenderse el cometer un acto terrorista, esto es, un acto grave ejecutado por medios especialmente violentos, que comporte cuanto menos un peligro para los bienes jurídicos más básicos, y dirigido a subvertir el orden político constituido. El resto de conductas que se encuentren relacionadas con tales actos podrán ser objeto o no de un mayor desvalor jurídico por su gravedad y relevancia. Eso constituye

una decisión que corresponde adoptar al legislador. Pero no pueden ser considerados terrorismo propiamente dicho.

De ahí que, aun admitiendo que le asiste la razón al Tribunal Supremo cuando en el fundamento jurídico segundo de su sentencia núm. 633/2002, de 21 de mayo, afirma que *“el terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva”*, tal circunstancia no implica que todos los delitos cometidos por terroristas revistan esta naturaleza por el hecho de haber sido cometidos por ellos. Es más, en atención a lo que aquí defendemos, la condición se adquiere única y exclusivamente por la previa comisión de un acto terrorista. Sólo así se consigue no incurrir en un Derecho penal de autor. De hecho, el Tribunal Supremo establece, en su sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, que la ausencia de una definición de terrorismo no sólo no impide, sino que obliga a los jueces y Tribunales a configurar un concepto de terrorismo en atención a las acciones cometidas. A tal efecto reseña literalmente en el fundamento jurídico quinto de la misma que *“es evidente que con las fórmulas legales contenidas en los preceptos analizados se reafirma el designio constitucional de que ninguna actividad que incluya la violencia como método de lucha política resulte homologada para participar en la vida pública. Se garantiza así el pluralismo político, y la libertad ideológica, como lo demuestra el dato de que el título básico incriminador del terrorismo —concepto de obligada referencia en todas esas conductas— no es una teórica finalidad política tomada aisladamente, sino la actividad violenta que los terroristas diseñan y ejercitan para alcanzar sus objetivos y el efecto social que el mismo reduce, dirigido a torcer los normales mecanismos de decisión política”*.

Íntimamente relacionado con la técnica de tipificación de la conducta son los medios que vienen siendo generalmente empleados para la ejecución de estos hechos y en segundo lugar, los resultados causados. En cuanto a los me-

dios, entendidos como instrumentos, generalmente han ido referidos al uso de medios o aparatos aptos para causar graves estragos, ámbito que con posterioridad ha sido ampliado también a las armas capaces de causar grave daño a la vida (en el plano internacional se ha llegado a hacer referencia incluso a las armas nucleares y bioquímicas). Entre nosotros este elemento se ha centrado siempre en el uso de mecanismos aptos para generar estragos (principalmente sustancias y aparatos explosivos), los cuales han sido en ocasiones (como por ejemplo en la Ley de 11 de octubre de 1934) ampliados al uso de “armas que normalmente sean susceptibles de causar grave daño en la vida o la integridad física de las personas”.

Respecto a los resultados causados, se ha pasado de la tipificación de conductas de mera actividad (e incluso de su tentativa) a la exigencia de la producción los mismos. Los resultados, cuando han sido incluidos en el tipo, han aparecido referidos tanto a los efectos psicológicos como físicos, de naturaleza individual o colectiva, pudiendo hacerse mención de nuevo a la generación de un sentimiento de terror, a la destrucción o menoscabo de la vida o la integridad física de personas y bienes materiales, así como a la producción de una notable afectación de la seguridad pública, la paz social y en definitiva, el orden político establecido. Dejando de lado la indudable relevancia que tal aspecto reviste a efectos de tipificación, no lo consideramos imprescindible conceptualmente hablando por cuanto que no creemos que la consecución de los objetivos mediatos y ulteriores perseguidos deban constituir un criterio determinante de lo que debe entenderse por terrorismo.

De todo lo afirmado hasta el momento, puede concluirse que los elementos que resultan indispensables a la hora de la definición del terrorismo son las concretas conductas mediante las cuales puede manifestarse, que deben limitarse a actos violentos graves contra los bienes jurídicos más básicos, las cuales resultan cualificadas por el elemento subjetivo relativo a la finalidad con la que los mismos se realizan. En lo que al bien jurídico se re-

fiere, el mismo es imprescindible a efectos de justificación del delito de terrorismo, pero no es necesario que se encuentre expresamente contenido en la definición. Los dos elementos de carácter objetivo y subjetivo aludidos constituyen, a nuestro parecer, las notas esenciales que no pueden faltar a la hora de definir el terrorismo, pudiendo prescindirse por tanto, de referencias específicas al resto.

C) EL MODELO LEGAL VIGENTE: CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995

El legislador del 95, al igual que los anteriores, no incorpora a nuestro texto punitivo una definición legal de terrorismo, sino que, por el contrario, lo que viene determinado como tal ha de resultar inferido del análisis conjunto de una serie de preceptos, todos ellos ubicados sistemáticamente en la parte especial, en tanto que varios son los delitos relacionados con este género delictivo.

A nivel jurisprudencial la situación es semejante, pues el Tribunal Constitucional no sólo no ha dado una noción precisa de este fenómeno, habiéndolo considerado como un “desafío a la esencia misma del Estado democrático” (sentencia núm. 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3.c), una “amenaza específica al orden democrático” (sentencia núm. 71/1994, de 3 de marzo, FJ 3), por cuanto que “se trata de un fenómeno basado en la legitimación del terror y en su carácter sistemático reiterado y organizado” (sentencia núm. 11/2006, de 16 de enero, FJ 5), sino que ha señalado en la referida sentencia 89/1993, que la ausencia de tal definición no supone problema alguno de constitucionalidad al existir instrumentos internacionales y una asentada jurisprudencia que permite inferir a qué realidad se refiere el término terrorismo.

Sí lo ha hecho por el contrario el Tribunal Supremo, en el fundamento jurídico sexto de su sentencia 2/1997, de 29 de noviembre, en la que expone como fórmula definidora del terrorismo, la de ser “una actividad planificada que, individualmente, o con la cobertura de una

organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”.

Volviendo al texto punitivo, en atención al contenido de los preceptos ubicados en la Sección II, del Capítulo V, del Título XXII, intitulada “De los delitos de terrorismo” (arts. 571 a 580, ambos inclusive) y de los preceptos 515 y 516 del referido texto punitivo, en los que se califica (apartado 2º) a las “bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” como asociación ilícita, tipificándose la integración (diferenciando el puesto jerárquico ocupado dentro de ellas) en las mismas, puede inferirse que el modo en que se configuran los delitos de terrorismo radica en la exigencia de un doble elemento. De forma que sólo cuando concurren los mismos, podrán ser considerados los delitos comunes contenidos en los referidos preceptos como delitos terroristas.

Tales elementos son: uno objetivo, referido al sujeto activo, y uno teleológico configurado como elemento subjetivo del tipo. El elemento objetivo ha sido definido por parte de la doctrina como elemento estructural, interpretándolo como la necesidad de la concurrencia de una estructura organizada. Elemento que se deriva de la fórmula legal empleada en los arts. 571 a 574: “los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos”.

El elemento teleológico o finalístico por su parte exige que tales bandas armadas, organizaciones o grupos acabados de referir, tengan por objeto “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”.

En una primera aproximación podría considerarse que en el Código Penal vigente, en atención a lo dicho, constituye terrorismo la realización de actos graves contra bienes jurídicos básicos realizados por sujetos de alguna manera relacionados con estructuras organizadas que persiguen dos concretos objetivos: destruir el orden constitucional existente, o

alterar gravemente la paz pública. Esto es, el estado en el que la generalidad de los ciudadanos pueden desarrollar con normalidad sus derechos fundamentales y libertades públicas, todo ello como un instrumento para lograr un ulterior objetivo político.

Sin embargo, puede verse que en realidad, y procede ahora referirse al art. 577 CP, el elemento estructural no resulta imprescindible para la configuración de un delito como terrorista por cuanto que en este precepto se califica y pena como tal a los hechos llevados a cabo precisamente, por los que no se encuentren integrados en tales grupos (“los que, sin pertenecer a banda armada, organización o grupo terrorista”). Así lo ha afirmado el Tribunal Supremo en el fundamento jurídico único, apartado 6, de su sentencia núm. 546/2002, de 20 de marzo, en el que niega que dicho precepto produzca un desplazamiento al derecho penal de autor, por cuanto que “*los hechos sancionados en dicho precepto lo son per se, por su naturaleza, al realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública*”. Como ya se ha dicho, tal elemento deviene por tanto imprescindible en la actualidad para cometer determinados actos terroristas penalmente relevantes, pero no para que el terrorismo tenga lugar. Cuestión distinta es si resulta acertada tal exigencia típica.

Igualmente, este precepto también incluye modificaciones en lo que respecta al elemento teleológico, en cuanto que a los concretos fines anteriormente referidos se añade ahora además el de “contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional”, mediante la comisión de los delitos especificados en el precepto. Con lo que vuelve a incorporarse el elemento de la generación del terror en la configuración del terrorismo. Al sistema actualmente contenido en nuestro texto punitivo se le ha objetado (*vid.* LAMARCA PÉREZ), precisamente en atención al referido art. 577, el haber supuesto la pérdida de los elementos que configuran al terrorismo. Si bien es cierto que en efecto este precepto rompe con el sistema que venía establecido en

el Código Penal, ello no implica que dicho sistema fuera el más apropiado, con lo que esa pérdida de referentes no necesariamente tiene por qué ser errónea. Especialmente en lo que al sujeto activo se refiere.

4. CONSIDERACIONES FINALES Y PUNTO DE PARTIDA PARA EL DEBATE

Así pues, analizada la evolución legislativa experimentada, puede observarse que la delimitación que del terrorismo ha venido realizando nuestro legislador no ha consistido en la elaboración de un determinado concepto legal. Sino que, por el contrario, la atribución de este especial régimen jurídico, se ha centrado en la configuración del mismo por medio de la determinación de sus elementos objetivo y subjetivo, de forma autónoma en algunas ocasiones, conjuntamente en otras.

Entre los primeros se han venido conteniendo los medios empleados y los resultados obtenidos con los mismos —en idéntica relación de autonomía o complementariedad—, así como los sujetos que pueden llevarlos a cabo, dependiendo del momento. Los segundos, por su parte, han ido referidos a los que se han venido denominando funciones y fines, esto es, los objetivos inmediatos y mediatos buscados.

El terrorismo, pues, ha pasado, como pone de manifiesto GARCÍA SAN PEDRO, de ser configurado como meros actos de destrucción, a constituir actos de destrucción que persiguen una finalidad política, lo que implicaba la imposibilidad de que los atentados cometidos contra la vida o la integridad física de las personas por medios distintos a los estragos pudieran ser considerados como tal. Efecto al que se puso fin cuando comenzó a calificarse como terrorismo también a estas formas de actuación. Lo cual tuvo lugar precisamente en un momento en el que los elementos subjetivos requeridos adquirieron su máxima extensión haciendo referencia, no sólo a los obje-

tivos mediante los cuales se pretendía lograr un determinado fin político, sino también ese mismo fin político. Instaurado el actual régimen democrático sin embargo, el legislador adoptó la decisión contraria a la habida hasta el momento, eludiendo hacer referencia alguna a ningún elemento subjetivo (como fueron los casos de la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo o la Ley Orgánica 9/1984, de 26 de diciembre).

El criterio cualificador pasa, por tanto, del objetivo perseguido, al sujeto que lleva a cabo las actuaciones, que por su parte comienzan a ser contenidas en listados específicos. Sujeto que termina constituyendo el criterio en el que se sustenta el incremento del desvalor, por cuanto que se llega a calificar como terrorismo todo hecho delictivo que sea cometido por sus miembros o por quienes sin serlo actúen en su favor, cuando las actuaciones de todos ellos vayan dirigidas a la consecución del fin perseguido por el grupo o la organización —pues no establecer esta última limitación expandiría en demasía el concepto de terrorismo, hasta desnaturalizarlo—. Sin embargo, ninguna de las distintas fórmulas experimentadas por los diversos legisladores que han ido sucediéndose en el tiempo ha servido, ni sirve, para decir lo que es terrorismo.

En definitiva, el debate acerca del concepto, y como derivado del mismo de un especial régimen jurídico, pasa por dos cuestiones centrales. El primero hace referencia a plantearse la necesidad de abandonar la tradicional definición de los mismos desde la idea de organización o banda. Al respecto hay que recordar el histórico terrorismo individual y la nueva forma de articularse las células o personas en el terrorismo *yihadista*. En este sentido ya se ha defendido en nuestra doctrina la necesidad de definirlo conforme aparece contenido en nuestra Constitución. En efecto, el artículo 13,3 CE dispone que “*Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*”. Idea que queda corroborada en el mismo texto en su artículo 55 al emplear la expresión de “*elementos*

terroristas”. De suerte que su definición constitucional viene ligada a hechos y personas individuales, por lo que no precisa necesariamente, desde el plano conceptual, del requisito de organización.

También la técnica legislativa empleada sigue esta misma línea, consistente en la enumeración de conductas que generalmente integran delitos comunes graves junto a la exigencia expresa de una finalidad: intimidar a la población; subvertir el sistema democrático o alteración grave del orden público. Es decir, se adscribe dentro del llamado sistema *mixto subjetivo-objetivo*. La exigencia de finalidad ya se ha dicho que se justifica en la necesidad de diferenciar los delitos de terrorismo de otros delitos violentos cometidos por grupos organizados.

Por consiguiente, en el Derecho español, desde la restauración del sistema democrático, las reformas penales han seguido la orientación dominante en el espacio europeo, en el que se recurre a la exigencia de tres notas definitorias: la comisión de delitos comunes; la finalidad de atemorizar a los ciudadanos; y el fin último, tendente a subvertir el orden político.

Ahora bien, en determinados periodos históricos se ha requerido la concurrencia de jerarquía, disciplina, estabilidad, permanencia y objetivos plurales y se ha sostenido su entendimiento desde la noción de la criminalidad organizada, dado que en la inmensa mayoría de casos los actos de terrorismo se han cometido en el seno de *bandas armadas*, en particular los derivados de grupos nacidos durante el periodo de “la guerra fría” y del movimiento descolonizador. Sin embargo, en el presente, estas organizaciones han desaparecido de casi toda Europa, y prácticamente sólo permanece con cierta actividad el fósil de ETA. Por el contrario, la más grave amenaza ya no proviene de esa clase de grupos, sino de la originada en los movimientos radicales islámicos. En concreto, la aparición de *Al Qaeda*, cuya estructura organizativa es muy difusa, supone de nuevo el giro hacia el pasado, hasta reencontrarnos con la legendaria figura del terrorismo anarquista individual, o cuanto menos con la agrupación

pasajera de personas, sin apenas estructura, ni una jerarquía férrea, ni siquiera con una voluntad de permanencia o con la disposición de armas o explosivos totalmente operativos. Quizás ello nos recuerde la cláusula constitucional, anclada en el acto y su distanciamiento con el problemático deslizamiento hacia un derecho penal de autor. Al que siempre acaba conduciendo la idea de pertenencia o integración en una organización.

Por consiguiente, lo esencial debería ser la prueba de la realización de actos de violencia consistentes en la comisión de delitos comunes y que persiguen una finalidad de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente, a efectos de concepto, si se realizan en el seno de una organización, en el marco de un grupo no estructurado ni permanente, o incluso si se cometen individualmente.

En segundo término y para concluir, el deslizamiento doctrinal y jurisprudencial hacia un concepto de terrorismo articulado en la idea de organización, descansa, consciente o inconscientemente, en una estrategia general de adelantamiento de la intervención penal y en la mayor facilidad probatoria. Esta tendencia, expansiva y en aumento, encuentra su epicentro en la figura anglosajona de la conspiración (*conspiracy*) y en la más extendida de la pertenencia o integración en un grupo, célula, banda u organización. Es decir, se inscribe en una clara orientación actual a renovar toda una serie de cláusulas legales de anticipación a fases anteriores a la tentativa o a la realización de actos preparatorios de concretos delitos. Con ello se facilita notablemente la obtención de información, de datos, de pruebas, de confesiones, delaciones y condenas. A este giro hay que sumar la relajación del test de sospecha, que en muchas ocasiones discurre hacia un entendimiento subjetivo y no objetivo del mismo.

En este contexto es indispensable recordar dos aspectos de gran relevancia en el Derecho penal. Nos referimos por una parte a la dificultad de enjuiciar la responsabilidad individual en los comportamientos realizados en el seno

de un grupo. Es decir, nos enfrentamos ante un problema clásico consistente en aislar la responsabilidad de una persona frente a la de otras que intervienen en el hecho o que también *pertenecen* al grupo. Ello a su vez obliga a clarificar el grado de responsabilidad individual por cada acción cometida “por el grupo”, y también concretar qué responsabilidad autónoma cabe atribuir a un individuo por la simple pertenencia a un grupo criminal. A partir de aquí la discusión deriva en un complejo debate acerca de la autoría y la participación en el seno de las actuaciones en grupos. Así ¿en qué condiciones un hecho no cometido por la propia mano puede atribuirse a título de autor, coautor, inductor, cooperador o cómplice? ¿Es suficiente para ser considerado autor el dar una orden de infringir la ley? ¿Y bajo qué título responden los que se limitan a dar traslado de la orden del superior a los ejecutores materiales? ¿Es necesario y conveniente crear un nuevo concepto de responsabilidad criminal para los dirigentes de una organización? La respuesta depende en gran parte del legislador, de las definiciones legales, pero éstas a su vez quedan muy condicionadas por la aplicación de la jurisprudencia. Y ambas finalmente son tributarias de teorías acerca de los conceptos de autoría mediata e inmediata, coautoría, inducción y complicidad.

Baste ahora recordar la discusión existente y parte del nutrido elenco de soluciones propuestas: desde la propuesta nacida en Alemania de ROXIN, conocida como “unidad funcional”: el ejecutor concreto del delito es fungible y no afecta (disminuye o anula) el dominio del hecho que posee el *hombre de atrás*. De suerte que parece haberse optado por un fundamento autónomo de la autoría mediata en casos de dominio de la voluntad. Por ello ha propuesto su castigo como autores mediatos cuando se trata de “aparatos organizados de poder” (criterio del “dominio de la organización”). La crítica más extendida consiste en que esta fórmula supone un cambio en su configuración, pues la autoría mediata siempre se reservaba para supuestos donde el instrumento es inimputable o semiinimputable, pareciendo

contradictorio afirmar a la vez que una misma persona es un instrumento y es plenamente capaz y consciente. Otra crítica derivaba de su aplicación a muy pocos casos, habida cuenta de la extremada restricción de su concepción reservada a estructuras jerárquicas de organización.

Otra solución propuesta ha sido la de considerarlos a todos como coautores, tanto al que decide como al que ejecuta (MUÑOZ CONDE): en cierta manera realiza el delito dada su proximidad, control y capacidad de decisión, aunque no esté presente en la ejecución. Pero también esta tesis supone un cambio en el concepto de autor y coautor, pues admite junto a la ejecución total o parcial, otras formas de realización conjunta en la que alguno o algunos de los coautores, a veces los más importantes, no están presentes en la ejecución. Se trata de justificar en la idea del “dominio funcional del hecho”. Se esgrimen dos grandes críticas: la falta de acuerdo previo indispensable en todos los supuestos de coautoría y sobre todo la inexistencia de ejecución conjunta.

Otras soluciones pasan por calificar la conducta de los dirigentes como una autoría accesorio: autor tras el autor o autor intelectual (BOCKELMANN/VOLK; JOSHI JUBERT; BOLEA BARDÓN). Pero esta categoría no existe como tal en muchos textos legales, de forma que su aplicación comporta una analogía *in malan partem*. De ahí que gran parte de la doctrina siga aferrada a una calificación conforme a las reglas generales, es decir, castigarlos como inductores y cooperadores necesarios (GÓMEZ RIVERO; ULISES PLASENCIA).

Y cabe oponer otra consecuencia todavía más gravosa al hecho de hacer depender los delitos de terrorismo de la concurrencia de una determinada organización. Recientemente, la Audiencia Nacional ha emitido dos pronunciamientos relativos al terrorismo de una enorme repercusión social. Principalmente por la gravedad y relevancia de los hechos enjuiciados en tales resoluciones: la sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Penal, núm. 65/2007, de 31 de octubre, en la que se enjuician los atentados ocurridos en Madrid el

11 de marzo de 2004; Y la aun más reciente sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal, núm. 73/2007, de 19 de diciembre, relativa a EKIN. En la primera de las referidas sentencias, continuando la doctrina establecida por el Tribunal Supremo entre otras, en su sentencia núm. 50/2007, de 19 de enero (fundamento jurídico 46), se hace depender la condición de integrante en una organización terrorista de la continuidad en el tiempo de la disponibilidad del sujeto para la organización. De forma que lo que ha realizado de forma puntual pudiera constituir un delito de colaboración con organización terrorista, se convierte, si pasa a ser reiterado, en un delito de integración en organización terrorista. A este respecto afirma expresamente en el fundamento jurídico II.1 que:

“la diferencia entre el delito de pertenencia con banda armada, organización o grupo terrorista del art. 516 CP y la mera colaboración, está en el grado de integración en la organización terrorista.

Por lo tanto, es la permanencia, más o menos prolongada en el tiempo, al servicio de una estructura jerarquizada criminal-terrorista, y la disponibilidad del sujeto en abstracto para la ejecución de los actos criminales que le encomiende la organización lo que determinará la existencia del delito de integración. Por el contrario, el coadyuvar a los fines criminales de los terroristas con actos concretos de forma ocasional, discontinua o episódica, integraría la colaboración sancionada en el art. 576 CP.

La diferencia entre el delito de pertenencia a banda armada y la colaboración no depende del tipo o clase de acto ejecutado, sino de quien lo ejecute y de su vinculación, permanente o episódica, con el grupo terrorista”.

Si por tanto, a la indiferencia a efectos de determinación de la integración en una organización terrorista de los concretos actos cometidos, sumamos la circunstancia de la existencia de organizaciones paralelas a la que se dedica a la ejecución de lo que deben ser considerados actos terroristas propiamente dichos, puede obtenerse la atribución de la condición

de terrorista a quienes nunca han cometido tales actos. De ahí el fijar la piedra angular del sistema en la determinación de lo que constituye acto terrorista. Pues sólo así se logra atribuir la condición de terrorista exclusivamente a quien comete tales actos. Por el contrario, si el acento se pone en el aspecto de la existencia y la pertenencia a una organización terrorista, ello posibilita que todo aquel que realice actos que no necesariamente tienen por qué ser actos de terrorismo, sea calificado como tal. De ahí a condenar colectivos de mayor o menor amplitud, solo hay un paso.

Así pues, si la especialidad de la que se habló al comienzo de este trabajo pasa a justificarse en el sujeto activo, entonces el Derecho penal especial o excepcional deja de aplicarse a determinadas conductas, a determinados actos y pasa a ser predicable respecto de determinadas personas, desconformándose todo el sistema creado y posibilitándose que la reducción de la medida estándar de ciertas garantías constitucionales, por el que se caracteriza este derecho especial, resulte predicable para todos aquellos que se consideren como (en lo que a nosotros interesa) terrorista, produciéndose una difusión en los límites que permite una expansión desmedida en el ámbito de aplicación cuyo límite efectivo y ulterior queda a la discrecionalidad de quien ostente el poder. De ahí que el Tribunal Supremo pudiera afirmar en el fundamento jurídico tercero de su sentencia núm. 33/1993, de 25 de enero que *“el terrorista es algo más que el criminal común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. No sólo viola los derechos de los demás con violencia, sino que lo hace con el propósito de hacer inseguros los derechos de todos”*.

Y en efecto, la comprensión del delito de asociación ilícita como delito de preparación y de peligro abstracto, requiere necesariamente su justificación, en la medida que lo aleja del Derecho penal nuclear y comporta un notable adelantamiento de la intervención punitiva con la consecuente restricción de los derechos

fundamentales. De modo que es imprescindible reflexionar sobre su fundamento y legitimación en el seno del Estado de Derecho.

Sin embargo, curiosamente la discusión sobre estos extremos es sensiblemente menor que la existente sobre otras categorías de la parte general. Este escaso cuestionamiento posiblemente se explique porque estamos enjuiciando, al menos aparentemente, infracciones específicas, esto es, comprendidas en la parte especial y por lo tanto su alcance es, también aparentemente, limitado.

Pero justamente en esta afirmación radica el problema. En efecto, es admisible una mayor preocupación en normas generales que en normas especiales. Pero la tipificación como delito autónomo de la asociación para cometer o preparar cualquier otro delito, aunque formalmente se sitúe en la parte especial, más bien parece configurarse como una auténtica norma de parte general. De nuevo insistir en que esta figura permite castigar a los que realizan conductas de fundación o pertenencia a un grupo con fines criminales, lo que significa que puede aplicarse no sólo a la realización de actos preparatorios de concretos delitos, sino incluso también a su planificación, esto es, a la fase previa a la preparación (o sea, a la preparación de la preparación). Esto es lo que motivó que ya en 1984, SCHROEDER los denominara “delitos contra el Derecho penal”. Porque más que a reprimir delitos contra el orden público, estas infracciones parecen no perseguir la tutela de un interés propio, sino que se dirigen a la protección del resto de tipos contenidos en la parte especial. De ahí que esta figura se califique como delito de peligro abstracto para todos esos diferentes intereses (también RUDOLPHI) y no posea una referencia axiológica propia. Es interesante recordar que, junto al tipo de asociación delictiva, igualmente existen otras categorías penales que integran esta clase de “delitos contra el Derecho penal” (por ejemplo suelen citarse la apología para cometer delitos; o el encubrimiento real y personal entre otros).

Por consiguiente, la duda planteada es si verdaderamente estamos ante un delito au-

tónomo, ante una figura de parte especial, o más bien, materialmente nos encontramos ante una auténtica norma de la parte general. Si lo característico de estas últimas es su generalidad, así lo parece, pues va dirigida a todos los tipos de la parte especial. O al menos a un elevado número de ellos. A idéntica conclusión se llega si admitimos que no tutela bienes jurídicos propios sino que indirecta o mediamente tutela los respectivamente contenidos en los concretos delitos. Es por ello que esta clase de normas sean calificadas de “causas de extensión de la tipicidad” mediante las cuales se adelanta ampliamente la intervención punitiva. Así, más que una norma excepcional se configura como una ampliación general de la punibilidad. A ello se suma que a estos delitos autónomos a su vez le son aplicables las reglas de tentativa, actos preparatorios y participación, de suerte que su amplitud entonces resulta extraordinaria.

En este contexto mayoritariamente se ha situado el fundamento del castigo de estas conductas en su mayor peligrosidad. De modo que se considera más peligrosa la criminalidad de grupo que la individual, en la medida que facilita la comisión de delitos, por los siguientes factores. Primero, porque en el seno del grupo se reducen o excluyen las tendencias de inhibi-

ción y los sentimientos de responsabilidad que si actúan en la delincuencia individual. Segundo, porque las asociaciones permiten la organización, es decir, la construcción de estructuras orientadas a la planificación y comisión de delitos, así como la ulterior huida y encubrimiento de los mismos y de sus autores.

Todo ello ya ha sido y es objeto de una considerable polémica doctrinal en el campo del derecho penal sustantivo y procesal. Pero esta discusión debe continuar en la medida que afecta gravemente a nuestros derechos fundamentales y escapa en muchos casos a un auténtico control judicial. Ahora bien, en el otro extremo de la balanza, frente a la amenaza del nuevo terrorismo, a nadie escapa que la mejor estrategia es la anticipación. Anticipación que debe quedar reflejada en procedimientos de investigación e inteligencia formalizados, esto es, sujetos a la ley, dentro de la máxima transparencia posible. Y quizás nada mejor para este fin que cimentar el concepto jurídico de terrorismo sobre los actos, sobre los hechos, y no sobre difusas categorías como pertenencia, integración, o colaboración, que posibilitan una aplicación del Derecho penal difícilmente calculable.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARQUILA, J., y RONFELDT, D., *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime and Militancy*, RAND, Santa Mónica, 2001.
- ARROYO ZAPATERO, L., “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo”, en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 15, 1981, pp. 379-426.
- “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma política y derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional “Menéndez Pelayo”*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pp. 155-210.
- ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidon*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002, pp. 41-85.
- BAEZA AVALLONE, V., *Los delitos de terrorismo en las Leyes 56/1987 y 82/1978*, en *Escritos Penales*, 1979, pp. 31-57.
- BARBERO SANTOS, M., “El bandolerismo en la legislación vigente”, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, pp. 211-283.
- “Los delitos de bandolerismo, rebelión militar y terrorismo regulados por el decreto de 21 de septiembre”, en *Estudios de Criminología y Derecho Penal*, 1971, pp. 253-286.
- BRET, C. B., “Terrorism, Globalization and the rule of law: the definition of terrorism and the Challenger of relativism”, *27 Cardozo L. Rev.* 1987, 2006.
- BERES, L. R., “The Meaning of Terrorism-Jurisdictional and Definitional Clarifications”, *28 Vand. J. Transnat'l L.* 239, 239, 1995.
- BUENO ARÚS, F., “Aspectos jurídicos del terrorismo”, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1980, pp. 51-89.

- "Principios generales de la legislación antiterrorista", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 1986, pp. 135-145.
- CADALSO, F., *El anarquismo y los medios de represión*, Romero, Madrid, 1896.
- CAMPO MORENO, J. C., *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Editorial General de Derecho, Valencia, 1997.
- CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN (Coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- COLE, D., *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, The New Press, New York, 2005.
- CUERDA ARNAU, M. L., *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.
- EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo. Su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- DE PRADA SOLAESA, J. R., "Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995", en *Jueces para la democracia*, núm. 25, 1996, pp. 73-77.
- DUFFY, H., *The "War on Terror" and the Framework of International Law*, Cambridge University Press, 2005.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Ley de Partidos Políticos y derecho penal. Una nueva perspectiva en la lucha contra el terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia 2008.
- "JARRAI-HAIKA-SEGI: De asociación ilícita a organización terrorista", en *Revista Penal*, núm. 17, enero 2006, pp. 95-109.
- FLETCHER, G. P., "The indefinable concept of terrorism", en *Journal of International Criminal Justice* 4 (5), November 2006, pp 894-911.
- GARCÍA SAN PEDRO, J., *Terrorismo. Aspectos criminológicos y legales*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- GARCÍA VALDÉS, C., "La legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1984, pp. 293-303.
- GASSER, H-P, "Acts of terror, "terrorism" and international humanitarian law", en *International Review of the Red Cross*, 847, 2002, pp. 547-558.
- GÓMEZ BENITEZ, J. M., "Crítica de la política penal del orden público", en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982, pp. 49-92.
- GÓNZALEZ CUSSAC, J. L., 2006. "El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas", en GÓMEZ COLOMER, J. L., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Terrorismo y Proceso penal Acusatorio*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 57-127.
- "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: el desafío del nuevo terrorismo", en "Retos de la política criminal actual", *Revista Galega de Seguridade Pública (REGASP)*, núm. 9, Xunta de Galicia, 2007, p. 233 a 252.
- GUTIÉRREZ LANZA, G., "Notas sobre los delitos de terrorismo", en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 29, 1975, pp. 35-113.
- HEYMAN, P.B., *Terrorism, Freedom, and Security: Winning Without War*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2003.
- *Terrorism and America: a Commonsense Strategy for a Democratic Society*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000.
- HOFFMAN, B., *Inside terrorism*, Columbia University Press, 2006.
- LAMARCA PÉREZ, C., *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid, 1985.
- "Sobre el concepto de terrorismo (A propósito del caso Amedo)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993, pp. 535-559.
- "La última recepción de la normativa antiterrorista en al legislación común", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 954-988.
- *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª edic., Colex, Madrid, 2005.
- LAQUEUR, W., *No end to war: Terrorism in the twenty-first century*, Continuum, New York, 2003.
- MARTÍNEZ GARAY, L., "El Nuevo delito de pertenencia a "organizaciones y grupos criminales" (art. 385 bis) en el proyecto del Código penal", en *Revista General de Derecho Penal, Iustel*, núm. 7, mayo 2007.
- MORAL DE LA ROSA, J., *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, CEF, Madrid, 2005.
- MESTRE DELGADO, E., *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.
- MURPHY, S.D., "Terrorism and the concept of "armed attack" in article 51 of the U.N. charter", en *Harvard International Law Journal* 43 (1), pp. 41-51.
- NOTEBOOM, A. J., "Terrorism: I Know It When I See It", en *University of Oregon Oregon Law Review*, Summer, 2002, 81 Or. L. Rev. 553
- OTTENHOF, R., "¿Terrorismo o terrorismos?" Diálogo sobre un singular plural", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 947-953.

- PAREDES CASTAÑÓN, J. M., "Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 (caso EKIN)", en *La Ley* 10167/2008.
- PERRY, N. J., "The numerous federal legal definitions of terrorism: the problem of too many grails", en *Journal of Legislation Journal of Legislation*, 2004, 30.
- PORTILLA CONTRERAS, G., "Terrorismo de Estado: Los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)", en VV. AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 2, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pp. 501-530.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A., "Terrorismo e intervención penal: La LO 7/2000 y los límites del *Ius Puniendi*", en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 89-126.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., "Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en VV. AA., *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, vol. 2, Universidad Castilla la Mancha, Cuenca, 2001, pp. 646-681.
- *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*. Madrid, Dykinson 2005.
- SCHMID, A., "Terrorism on trial": Terrorism. The definitional problem", *36 Case W. Res. J. Int'l L.* 375, 2004.
- SOLL, G., "Terrorism: The known element no one can define", *11 Willamette J. Int'l L. & Dispute Res.* 123, 2004.
- TERRADILLOS BASOCO, J., *Terrorismo y derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de Reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Tecnos, Madrid, 1988.
- WALDMANN, P., "El terrorismo: concepto, estrategia y alcance", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 9, 1998, pp. 183-208.
- WANDA VON BAEYER, K., "Voz Terrorismo", en *Marxismo y Democracia, Tomo sociología 4*, Madrid, 1975, pp. 132-149.
- WARDLAW, G., "Political Terrorism, theory, tactics, and counter-measures", en *Cambridge University Press*, Second Edition, 1989.
- ZEIDAN, S., "Agreeing to Disagree: Cultural Relativism and the Difficulty of Defining Terrorism in a Post-9/11 World", *29 Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* 215, 2006.

Fecha de recepción de originales: 22 de febrero de 2008.

Fecha de aceptación de originales: 12 de marzo de 2008.