



UNIVERSITAT
JAUME•I

El derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas

José L. González Cussac

UJ15
ANIVERSARIUJI
1991-2006

Lección inaugural del curso 2005/06

José L. González Cussac

Catedrático de Derecho Penal

**El derecho penal frente
al terrorismo.
Cuestiones y perspectivas**

**Lección inaugural
del curso 2005/06**

Castellón de la Plana, 23 de septiembre de 2005



INTRODUCCIÓN

Razones para la elección del tema

En relación al entorno político y social, el penalista tiene un problema que otros científicos prácticos no padecen: no existen distancias entre la *Ciencia* del Derecho Penal y la opinión pública, esto es, entre los análisis de los juristas profesionales y las propuestas de los ciudadanos. En efecto, prohibir y castigar pertenecen a la cultura cotidiana. Hablar de Derecho penal es hablar de violencia, del uso de la fuerza, de conflicto, de control. Probablemente esto siempre fue así a lo largo de la historia, y ahora el «espíritu de la época», de la nuestra, resulta aplastante.

En este sentido, se podría haber elegido cualquier otro tema: desde la violencia de género, hasta los incendios forestales, pasando por materias muy polémicas como aborto, eutanasia, delincuencia socioeconómica, el dopaje en el deporte o incluso «las gozosas matanzas» en nuestras vías de circulación. Pero creo que el fenómeno del terrorismo, desgraciadamente, centra el debate político internacional y a la vez constituye una suerte de frontera, puesto que en su análisis y propuestas de solución se ponen a prueba las convicciones últimas acerca del individuo y del Estado, de los derechos y del poder; en definitiva se plasma el viejo debate entre libertad y seguridad, y por consiguiente se debate nuestra propia forma de vida, nuestro orden de convivencia.

Pero también lo he elegido porque el terrorismo representa el segundo problema que más preocupa a los españoles de acuerdo a las recientes encuestas del CIS, incluida la última del mes de julio 2005. Sólo este dato estadístico ya justifica por si mismo la elección del tema a desarrollar.



Pero en el tiempo que dispongo, obviamente no pretendo abordar tan compleja problemática, ni tan siquiera ofrecer soluciones concretas a la delincuencia terrorista, sino algo mucho más modesto, como es plantear cuestiones y esbozar perspectivas para argumentar y *consensuar* las respuestas legales a esta particular tipología delictiva. De modo que como dirían los clásicos «*Quaerendo Invenietis*»; o sea, busca y encontrarás. Porque al menos en Derecho, no existen soluciones mágicas, ni tampoco sirve de nada «cortar el nudo», sino deshacerlo analíticamente. Quizás para otros el problema sea mucho más sencillo, pero en mi opinión no puede alabarse tal simplificación como mérito, sino más bien como muestra de una superficialidad que no aborda en profundidad el problema de los fundamentos y, aunando lo que de suyo es dispar, convierte el terrorismo en una especie de noche donde, como es sabido, «todos los gatos son pardos».

CUESTIONES Y PERSPECTIVAS

Antes de comenzar, resulta conveniente formular una advertencia preliminar: las cuestiones y perspectivas aquí planteadas únicamente persiguen averiguar si resultan de utilidad para el debate acerca de las respuestas legales, pero en ningún modo su utilidad o inutilidad en el ámbito jurídico penal condicionan su valor en otras disciplinas.

1. ¿Qué es la seguridad?

1.1. La seguridad como pretexto

Hace unos años se hablaba de la «libertad como pretexto» para limitar la libertad. El concepto de libertad, valor superior de nuestra Ley Fundamental (art. 1 CE), es tan lábil, que la absolutización o desnaturalización de cualquiera de sus formas o manifestaciones puede aniquilarla: se utiliza la libertad contra la libertad (Vives Antón). Pero ahora, en nuestros días, el huracán de superficialidad nos ha devuelto al pasado. Hoy hemos regresado a la vetusta excusa de «la seguridad como pretexto» para ahogar la libertad.

Comenzaremos con una reflexión más general acerca de la idea de seguridad, puesto que esta palabra aparece continuamente en nuestro lenguaje cotidiano y a la vez justifica múltiples discursos e iniciativas



políticas y legislativas. Y en particular en materia de terrorismo esta expresión posee una presencia constante y esencial. En efecto, la idea de seguridad se erige en fundamento de las iniciativas represivas que se imponen en la política penal de nuestro país y el avance punitivo es su nota más expresiva: guerra contra el terrorismo y la delincuencia organizada, endurecimiento de las sanciones y de sus formas de cumplimiento, medidas de expulsión, recuperación de la agravante de *multirreincidencia*, abuso de la pena de prisión... (Maqueda Abreu). Como consecuencia de este giro anclado en la idea de seguridad, el Derecho penal se enfrenta con uno de sus más graves problemas de legitimación: el de servir de «arma política». Como trasfondo la discusión en torno a la «huida al Derecho penal», la expansión del Derecho penal o incluso el «abuso del Derecho penal».

De igual modo sucede en el ámbito de la doctrina científica. Así por ejemplo, la literatura penal alemana, que goza de gran predicamento internacional, suele aparecer dividida en dos grandes corrientes: a) «la teoría del aseguramiento del futuro con los medios del derecho penal» o «Derecho penal de la seguridad o «del control social», que eleva precisamente la idea de seguridad a principio rector dogmático y político-criminal; y, b) «teoría crítica del moderno desarrollo del Derecho penal» o «Derecho penal del riesgo o de la sociedad del riesgo», muy crítica con estas construcciones.

Pero sin lugar a dudas se trata de una voz anfibológica, repleta de equívocos y de múltiples sentidos.

Así, en el debate político y jurídico surgen expresiones varias como las siguientes: seguridad colectiva; seguridad jurídica; seguridad vital; seguridad pública; seguridad privada; seguridad de los bienes jurídicos; seguridad ciudadana; seguridad interior; seguridad exterior; seguridad nuclear; o simplemente seguridad.

1.2. Una breve divagación sobre estadística criminal: necesidades objetivas de seguridad y sensaciones subjetivas de inseguridad

Permítanme una pequeña licencia o divagación., aunque sólo sea para aliviarles de la pesada carga de conceptos jurídicos. ¿Es posible medir la seguridad o la inseguridad? Con exactitud no, pero si es posible acudir a los análisis e interpretaciones de las estadísticas oficiales, para al menos tener aunque sea una aproximación a la delincuencia en España. Sin duda ello nos permitirá deshacer algunos tópicos, partir de



datos reales para poder diseñar una política criminal seria y tal vez acercarnos a los diversos sentidos de la palabra seguridad.¹

A) Realidad delictiva y percepción ciudadana. Uno de los aspectos más interesantes en este fenómeno es su percepción por la ciudadanía. Los medios de comunicación y otros grupos de presión pueden influir en la sensación de seguridad que tengan los ciudadanos.

La percepción de la delincuencia se mide a través de dos conceptos: *la preocupación por el delito*, que representa la opinión de la población respecto al nivel delictivo que se sufre en su entorno; y *el miedo al delito*, que supone la aprehensión particular que tiene cada ciudadano de ser personalmente víctima de un delito.

Los datos de 2000, 2001, 2002, y 2003 muestran que la *preocupación por el delito* aumenta ligeramente más que el *miedo al delito*, singularmente en el último año, y ambos fenómenos tienen una curva ascendente más pronunciada que las que representa la realidad delictiva en este mismo periodo. La ciudadanía considera que los temas relacionados con la *inseguridad ciudadana* como un hecho cada vez más preocupante. Así, desde el año 2000 no ha dejado de ser considerado como uno de los tres problemas principales que existen actualmente en España, después del terrorismo y el paro.

B) Comparación de la delincuencia entre países europeos. Los datos aportados por el Consejo de Europa en relación a 39 países, demuestran que España tiene una tasa muy inferior a la media europea en homicidios (2,8 frente a 7), violaciones y agresiones sexuales (3,5 frente a 7) y lesiones (43 frente a 215), siempre por cada 100.000 habitantes.

La situación se torna radicalmente si nos fijamos en los delitos de robo y hurto, y robo y hurto de vehículos. España tiene una tasa de hurtos y robos de 238,8 por cada 100.000 habitantes, mientras que la tasa europea es de sólo 80. A menor distancia se encuentra la tasa de sustracción de vehículos a motor: España 236,5 frente a la europea de 255.

C) Evolución de la delincuencia en España. En números absolutos, la tasa de delincuencia en España se mantuvo constante desde principios de la década de los años 90, para volver a ascender desde

1. Los datos aquí aportados se encuentran en el trabajo de Elisa García España y Fátima Pérez Jiménez: *Evolución de la delincuencia en España y Andalucía*, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, Málaga 2004, que maneja las estadísticas oficiales del Ministerio del Interior, Consejo General del Poder Judicial, Fiscalía General del Estado, Instituto Nacional de Estadística, Centro de Investigaciones Sociológicas y Consejo de Europa, entre otras.

2000 hasta 2002 (aumentó en un 5,38%), pero de nuevo en el año 2003, han comenzado a descender en términos absolutos (reducción en un 2,67%). Esto es así en todas las Comunidades Autónomas menos en Madrid, donde siguió subiendo también en el año 2003. No obstante es necesario advertir que aunque la delincuencia haya aumentado en términos absolutos en el periodo 2000 a 2002, en términos relativos el resultado sería muy distinto, debido por ejemplo, a que España ha experimentado un crecimiento muy importante de población.

Las Comunidades con mayor densidad delictiva, superando los cincuenta delitos y faltas por cada mil habitantes, son por este orden Melilla, Ceuta, Madrid y Valencia.

D) Estadísticas penitenciarias. España desde este año encabeza la relación de países de la Unión Europea con mayor tasa de población penitenciaria. Ya en 2002 tenía una tasa de 141,3 presos por cada 100.000 habitantes, frente a la tasa media inferior a 100.

La media europea en densidad de ocupación se situaba en 2002 en 94,3 presos por cada 100 plazas penitenciarias. En esa fecha, antes de la entrada en vigor de las durísimas reformas penales de 2003, España ya superaba esta media con 112,5 presos por cada 100 plazas. Evidentemente ello supone que nuestras cárceles albergan presos por encima de su capacidad.

Otros datos son igualmente reveladores. La estancia media en prisión en Europa es de 6,8 meses, mientras que en España es de 13,5 meses. En cuanto a fugas, en Europa se contabilizan 27 por cada 10.000 presos, mientras que en España es de 1,7 por cada 10.000 presos. A su vez, en Europa se producen 8,5 muertes en prisión por cada 10.000 presos, frente a las 4,3 de España. Por último, en Europa los suicidios representan el 28,7% del total de muertes en prisión, mientras que en España sólo son el 14% del total.

E) Evolución de reclusos por delitos de terrorismo

	2000	2001	2002	2003
Ejército Pueblo Gallego	7	5	5	3
ETA	436	461	532	566
GRAPO	30	24	30	32
JARRAI	13	19	9	8
Islámico	0	0	0	30
Otros	15	26	23	11
TOTAL	501	535	599	650



F) **Extranjeros.** El número de extranjeros detenidos y encarcelados en España viene aumentando ligera y constantemente en términos absolutos desde 1985. Hay que resaltar no obstante, que desde 2003 los extranjeros fueron detenidos en menos ocasiones por una infracción penal que por las infracciones administrativas motivadas por la aplicación de la Ley de Extranjería. A su vez, la prisión provisional es una medida que se aplica con mayor frecuencia a los extranjeros que a los españoles: el 43,91% de todos los extranjeros en prisión en 2002 se encontraban en prisión preventiva, frente al 15,38% de los españoles.

Las principales conclusiones que pueden extraerse son, en primer y destacado lugar, que España tiene índices bajos de criminalidad y se presenta como un país poco violento a juzgar, en primer lugar, por las tasas de homicidios, agresiones sexuales y lesiones, que son inferiores a la media europea; y en segundo lugar, por los índices tan bajos de fugas, muertes y suicidios en prisión en comparación con el resto de Europa. Y ello a pesar de la mayor tasa de población reclusa, del hacinamiento en las prisiones y del alto índice de duración del tiempo medio de estancia en prisión. Sin embargo, presenta una alta tasa de criminalidad en delitos no violentos como hurtos, robos y sustracciones de vehículos a motor.

1.3. La reducción o simplificación de la idea seguridad: la nueva y vieja política criminal del Derecho penal simbólico

Pues bien, retornemos a la idea de seguridad y su conexión con política criminal y terrorismo. Por supuesto yo soy de los que piensa que estas decisiones no son *sólo científicas*, sino que por el contrario son fundamentalmente y, antes que otra cosa, decisiones del poder político que luego quedan contenidas en normas mediante procedimientos formales y técnicas jurídicas. De aquí que al Derecho penal le corresponda la tarea de erigirse en *barrera infranqueable* de la política criminal, o sea, en mecanismo de racionalización de la política punitiva.

Para muchos expertos, el pensamiento *neoliberal* y la llamada *globalización económica*, dominantes en el panorama occidental en las dos últimas décadas, han empujado al Estado en un camino hacia el abandono total de la protección de ciertas «áreas de la seguridad». Esto se comprueba en la reducción de controles públicos o en la insuficiencia de los mismos en materias de «seguridad colectiva», como los riesgos medioambientales, ordenación del territorio, siniestros laborales,



circulación vial, transporte aéreo, etc. Después de esta renuncia queda ya el «Estado Penal», al que sólo le interesa la seguridad ante el terrorismo, y en menor medida, la llamada «seguridad ciudadana». Y de estas dos clases de ataques no le interesa la prevención (miseria, analfabetismo, desigualdad) que requerirían políticas educativas y sociales orientadas a la prevención; sólo le importa la *represión*. Porque es más fácil, más barato, y porque no cuestiona los fallos del sistema, ni los fallos de los responsables. Por todo ello es más sencillo culpar de todo a un *enemigo* común: al terrorista, al terrorismo. O en el ámbito de la *seguridad ciudadana* al extranjero.

Así, en tanto percepción subjetiva, el miedo a la criminalidad se orienta selectivamente hacia las formas más visibles de criminalidad: terrorismo, delincuencia callejera, violencia doméstica. Son los estereotipos de criminal, frente a los cuales la intervención punitiva actúa como mecanismo político de respuesta a las inquietudes sociales, creadas hábilmente por las estrategias de sensibilización de la opinión pública y la inducción de la alarma social. Con estas estrategias se logran ocultar las contradicciones del sistema, esto es, las auténticas amenazas sociales, políticas y económicas: el cambio de modelo social acaecido por el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías y de las comunicaciones, la crisis del Estado del bienestar, la globalización económica, el cambio climático y sus consecuencias medioambientales, el desarrollo de la biomedicina, la disolución y aislamiento del individuo, etc,

En este contexto hay que situar también al denominado «Derecho penal simbólico». Es decir, el «efecto escaparate», «la huida al Derecho Penal», y la posterior aplicación nula, mínima y desigual de las normas. De esta forma se transmiten mensajes o contenidos valorativos en la conciencia social y se traslada al campo jurídico todas las posibilidades sociales de resolución de conflictos. También comporta un doble lenguaje, donde los fines manifiestos y los fines latentes coexisten peligrosamente, pues los fines realmente perseguidos son diferentes a los fines aparentes. Tal vez porque los objetivos no son necesarios para ordenar la convivencia o porque su contenido no guarda relación con necesidades sociales auténticas. O simplemente porque las normas y los medios para su cumplimiento, son sencillamente insuficientes. En los últimos años son múltiples los ejemplos que ilustran la noción de Derecho Penal simbólico. Hasta el punto que resulta sencillo identificar llamativos supuestos de *leyes reactivas, activistas, aparentes, gratuitas, autoritarias, apaciguadoras e identificativas*. Es decir, aquellas leyes rápidamente aprobadas para calmar a la población, que mostrando la



capacidad de reacción y de coacción del Estado, persiguen esencialmente conformar la creencia social de que éste actúa y resuelve. Así mismo tratan de exhibir una total identificación del legislador (y del Gobierno que es quien lo explota) con problemas de los ciudadanos, aunque muchas veces adolecen de graves defectos técnicos y son aprobadas sin recursos materiales.

Este sesgo del «nuevo Derecho penal» enraizado en la idea de seguridad, ha contado también con el decisivo impulso de los medios de comunicación y con el por algunos llamado «deslumbramiento de la izquierda» con el Derecho penal. Aunque muy brevemente debemos hacernos eco de una opinión hoy compartida acerca de que los medios de comunicación no son sólo esclavos del mercado, el consumo y la publicidad, sino también de «informaciones institucionalmente elaboradas», es decir, políticamente orientadas para formar en la opinión pública la necesidad de seguridad (Beck).

En este panorama de reafirmación simbólica de los valores de orden, estabilidad, eficiencia y seguridad frente al temor de la nueva sociedad, unido a ciertos logros históricos en la tutela de derechos individuales y sociales, las mayorías parlamentarias, incluidas algunas de la izquierda, que persiguen intereses electorales a corto plazo, se han sumado al coro propagandístico de este Derecho penal de la seguridad: la lucha contra la criminalidad vende al alza en nuestra sociedad como un producto comercial de la industria mediática (Maqueda Abreu).

En resumen, como ya he expuesto recientemente, la política criminal del *neoconservadurismo*, consensuada hoy por sectores de la izquierda, y que ha configurado el «nuevo modelo penal de la seguridad», se caracteriza por estos grandes rasgos. Primero, en el marco general, de conformidad a su alineamiento con las políticas *neoliberales*, ha recurrido a las reformas penales como el instrumento más acorde con su objetivo de déficit público cero, es decir, que sin invertir realmente en administración de justicia ni mucho menos en políticas sociales, busca convencer a los ciudadanos mediante la propaganda, que los problemas se resuelven con sólo cambiar las leyes, sin atender en paralelo a las cifras de criminalidad. Segundo, generalmente los cambios legales se han venido justificando no en legítimas convicciones ideológicas, sino en razones técnicas y de mayor eficacia. Y en muchas ocasiones sobre la base añadida de la ineficacia de las leyes «*garantistas*».

Por citar un ejemplo tan conocido como el español, y aunque no sea una tendencia exclusiva de nuestro país, un repaso a las reformas penales de los últimos años nos descubre que se han centrado casi ex-



clusivamente en dos áreas: terrorismo y extranjería vinculada a la idea de «seguridad ciudadana», relegando el resto al mero trámite.

Al sumar todos estos factores –continuas reformas, precipitación y escaso debate público-, inevitablemente el proceso en su conjunto desemboca en la superposición motorizada de normas, con la consabida inflación e hipertrofia del sistema penal, que aturde igualmente a ciudadanos y juristas. Y todavía otro efecto perverso: lo que se ha llamado el «abuso del Derecho penal y la *banalización* de la legalidad» (Carbonell Mateu).

1.4. Una obviedad: la diferenciación de áreas, necesidades y políticas de seguridad

Pues bien, tras exponer sintéticamente este panorama del «nuevo modelo penal de la seguridad», ya ha llegado el momento de posicionarnos. Como punto de partida, es indudable que la seguridad es «*una radical necesidad antropológica humana*» (Pérez Nuño). A partir de esta idea común, se ramifica en varios aspectos, ámbitos o sectores, donde debe ir especificándose su contenido para adecuarlo a las necesidades respectivas. De modo que en el sector vial, su seguridad requerirá un análisis y unas acciones determinadas, muy diferentes de las que la misma idea de seguridad precisará en el ámbito de la seguridad en el trabajo, o en el de la seguridad ante riesgos catastróficos (nuclear, químico, bacteriológico).

Por consiguiente, la primera aproximación al concepto jurídico de seguridad pasa necesariamente por diferenciar las diferentes áreas de la seguridad. Esta afirmación no deja de ser una obviedad, pero el problema es que en la actualidad se ha *relativizado* en exceso. Y como se ha destacado ya en nuestra doctrina (Navarro Cardoso), ni siquiera se distingue entre necesidades objetivas de seguridad y sensaciones subjetivas de inseguridad. De suerte que, sin ulteriores matices, emerge la idea de seguridad como criterio legitimador de todas las políticas de intervención punitiva. Con ello se desarrolla un tratamiento «plano», homogeneizado y por tanto dúctil del concepto seguridad. Esta simplificación comporta una instrumentalización del concepto seguridad que sirve indistintamente tanto para legitimar decisiones de política criminal en el ámbito de la violencia doméstica, como también para justificar la política de defensa estratégica nacional. Y como es evidente para cualquiera, las eventuales víctimas de una agresión doméstica demandan acciones muy diferentes a las que urgen las even-



tuales víctimas de un ataque externo con misiles balísticos de destrucción masiva. Sin lugar a duda, esta manipulación de la idea de seguridad desemboca en análisis equívocos, políticas sin sentido y reformas legales disparatadas, al carecer de fundamento y de la imprescindible particularización de las diferentes clases de seguridad. Sin matices y sin diferenciar las diversas demandas objetivas de seguridad, no resulta posible diseñar una política criminal seria ni un modelo jurídico eficiente.

1.5. La seguridad jurídica

La segunda idea de seguridad que es absolutamente irrenunciable es la de *seguridad jurídica*. Y es irrenunciable tanto por razones de necesidad o eficacia como por razones de principio. Es un lugar común en nuestro acervo cultural que el Derecho penal que hoy conocemos nace con la Ilustración, particularmente desde el anhelo de su *humanización* (Beccaria) y su consideración como la «*Carta Magna del delinciente*» y «*barrera infranqueable de la política criminal*» (Von Liszt).

Pues bien, el presupuesto de este modelo, conocido como «*el bueno y viejo Derecho penal liberal*», es la *seguridad jurídica*, formulada a través del principio de legalidad, una suerte de principio de principios (Vives Antón), desde el que se desarrollan todos los demás principios penales, entendidos como límites al *ius puniendi* del Estado, esto es, como garantías de los ciudadanos frente al poder público sancionador. En su seno se contiene la *libertad de los modernos*, según la cual lo que no está expresamente prohibido, está permitido. En este sentido puede afirmarse que el principio de legalidad constituye la esencia misma del Estado de Derecho.

Así pues, el principio de legalidad descansa sobre la idea de *seguridad jurídica*, enunciada como posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias jurídicas de las diferentes acciones. Por consiguiente su función es trazar la esfera pública autónoma e independiente de la moralidad individual, que conlleva delimitar lo que el Estado puede llegar a prohibir. Pues de ningún modo puede prohibir cualquier conducta, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según la ley general de libertad (Vives Antón).

Para comprender mejor la trascendencia de la idea de seguridad jurídica, expresada en el principio de legalidad penal, basta con recordar que no sólo representa un límite formal al ejercicio del poder puniti-



vo del Estado (*lex praevia, scripta et stricta*), sino también un límite material al mismo, con la afirmación de la independencia del Derecho penal de concepciones morales y religiosas y su restricción a castigar sólo las perturbaciones más intolerables de la vida social. Al mismo tiempo, como quiera que las consecuencias de las acciones humanas si que se hallan, en mayor o menor medida, vinculadas a los designios de sus autor, resulta posible sancionarlas. De esta consideración se sigue que el principio de legalidad, como principio de regulación de las conductas humanas por medio de normas, contiene el germen del principio de culpabilidad. Y por fin, al concebirse la pena como un *mal* necesario para tutelar la convivencia, también deriva de su enunciado el principio de proporcionalidad o prohibición de exceso (intervención mínima). En definitiva, la idea de seguridad jurídica contenida en el principio de legalidad, condiciona un entendimiento del Derecho penal que va más allá de su configuración como «*Carta Magna del delincuente*», hasta su comprensión como «*Carta Magna libertati*» (o como una especie de Constitución a la inversa o Constitución negativa).

Pero no olvidemos tampoco que el edificio de la legalidad, de la legalidad democrática, se levanta sobre la educación, base del acuerdo voluntario entre los ciudadanos, del contrato social que establecen entre si y que expresa los valores que nos convierten en ciudadanos y no en súbditos de una tiranía. En este sentido puede hablarse del significado político del principio de legalidad, fórmula técnica de la *seguridad jurídica*, y esencia del Estado de Derecho.

1.6. Seguridad pública, orden público y paz pública

Por último, y ya en relación directa con los delitos de terrorismo, parece necesario mantener la noción de seguridad pública, históricamente vinculada a un concepto de *orden público* reelaborado desde presupuestos democráticos, como ya ha desarrollado nuestra jurisprudencia constitucional.

El concepto de *orden público* hace referencia al orden externo y material necesario para la convivencia. Los delitos de terrorismo se inculpan dentro del Título XXII del Código Penal, que precisamente lleva esta rúbrica: «Delitos contra el orden público». En numerosas ocasiones se ha evidenciado esta denominación, cuestionando las razones por las cuales no se ubicaron dentro de los «delitos contra la Constitución» (Título XXI). A su vez, *orden público* no es un concepto equivalente a «paz pública», que no exige un funcionamiento ordena-



do de la vida pública, ni se opone a la noción de desórdenes públicos, sino que hace referencia a las ideas de tranquilidad y quietud.

Esta es una constante en nuestra jurisprudencia desde la STC 199/1987, al definir los delitos de terrorismo como «alteración grave de la paz pública», mediante el empleo de medios destructivos idóneos para atemorizar a la población *«con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social»*. Así., mientras «la paz pública» equivale a las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana y a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades, el concepto de «orden público» se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en espacios públicos (Asúa Batarrita). En consecuencia se trata de dos conceptos de muy diverso contenido y extensión.

De otra parte, la noción de «seguridad ciudadana», viene definida como *«actividad dirigida a la protección de bienes y personas y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadanos»* (STC 33/82 de 8 junio). Pero esta idea ha de ser reconducida al concepto de seguridad pública conforme a los arts. 104,1º y 149,1º CE. En esta línea, la STC 59/90, de 29 marzo, al referirse a la exégesis constitucional de «paz pública», advertía que la seguridad pública engloba a los de orden público y seguridad ciudadana. El orden público debe ser interpretado conforme al art. 10,1º CE: los derechos fundamentales y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son su fundamento y el de la paz social. En cambio, la «seguridad ciudadana», es una noción aún más concreta, que se equipara a la protección de personas y bienes frente a las acciones violentas, agresiones o situaciones de peligro. Por el contrario, «seguridad pública» es un concepto más preciso que el de «orden público», porque se centra en la actividad dirigida a la protección de bienes y personas (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano (Portilla Contrera).

Como comprobaremos más adelante, en el modelo legal español los delitos de terrorismo se encuentran definidos desde la finalidad de alterar gravemente la paz pública, subvertir el orden constitucional y alterar los mecanismos democráticos mediante el uso de la violencia. De todo ello se deriva la exigencia de operar con un concepto de *paz pública* vinculado a los valores democráticos contenidos en nuestra ley fundamental.

2. ¿Qué es el terrorismo?

2.1. Sobre el concepto de terrorismo

Sin lugar a dudas se trata de una expresión ambigua y equívoca, con un origen generalmente atribuido al «periodo del terror» de la revolución francesa (*terrére*). No obstante, es durante el siglo XIX cuando se extiende, vinculado a la figura del «delincuente político» y a los movimientos de lucha social y política violenta. Nacen las ideologías revolucionarias y de su mano la «guerra revolucionaria». Más tarde comienza a acuñarse el término «terrorismo contemporáneo», que unido al uso de la violencia con finalidades políticas por grupos organizados, da lugar también a expresiones como «violencia institucional y violencia de resistencia» (Lamarca Pérez).

En el lenguaje común, terrorismo es equivalente a sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror. También significa dominación por el terror. Generalmente se entiende por tal «el método o la teoría metodológica mediante la cual una organización o un partido político intenta conseguir sus objetivos recurriendo de modo preferente a la violencia» (Lamarca Pérez).

En cualquier caso, hay una evidente necesidad de definición legal y normativa del terrorismo, porque lo que es obvio es que recibe un tratamiento sustantivo y procesal penal excepcional, o cuanto menos especial. De modo que, la más elemental noción de seguridad jurídica obliga a determinar previamente a qué y a quién se va a aplicar la normativa especial *antiterrorista*. No se trata en consecuencia de una mera disquisición académica, sino de una auténtica necesidad real, establecer el estatuto jurídico del terrorista.

Pues bien, la técnica legislativa empleada a tal efecto es casuística, consistiendo en la enumeración de conductas que generalmente integran delitos comunes graves (homicidios, lesiones, secuestros, extorsión...). A partir de aquí se distinguen 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, el parágrafo 129 del CP alemán). El segundo sistema, mayoritario en Europa, es denominado *mixto subjetivo-objetivo*, requiere expresamente una finalidad: intimidar a la población; subvertir el sistema democrático o alteración grave del orden público (España; Francia; Italia; Portugal; 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 (Asúa Batarrita). Sin embargo, la exigencia de



una finalidad específica no deja de abocarnos a una suerte de pensamiento tautológico y a un problema de prueba de la finalidad.

En todo caso, encontramos un factor común en ambos modelos: se criminalizan sólo los medios violentos, no las ideas políticas. Pero toda idea política es susceptible de ser fanatizada, y entonces conduce a la violencia, transformándose entonces en la «forma más degradada de lenguaje». Tal vez por esta difícil separación entre violencia y política, no se haya alcanzado plenamente la autonomía en la definición de las infracciones 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 si mismas ya constituyen delito. Desde luego tampoco por separado los elementos de organización o finalidad son suficientes para definir jurídicamente el delito de terrorismo. Sólo con la combinación de todos ellos se logra un mínimo de precisión conceptual.

En el caso español, desde la restauración del sistema democrático, las reformas penales han seguido la orientación dominante en el espacio europeo, que no consideran delitos políticos los actos de terrorismo. Esta separación se ha trazado mediante el recurso a la técnica de agravar delitos comunes graves y menos graves. En resumen, para comprender el concepto jurídico de terrorismo resulta imprescindible diferenciar tres planos: la comisión de delitos comunes; la finalidad de atemorizar a los ciudadanos; y el fin último, subvertir el orden político. Pues bien, esta última finalidad o móvil, no pertenece al objeto de valoración jurídico penal (Asúa Batarrita). Desde el punto de vista del Derecho penal, lo esencial es la incidencia política mediante la comisión de delitos, esto es, el recurso a la violencia como táctica política. De modo que no se criminalizan las ideas, ni el pensamiento, ni las finalidades perseguidas, sino los medios violentos empleados, como tantas veces ha repetido jurisprudencia y doctrina.

En efecto, al aplicar e interpretar los arts. 571 y siguientes del Código Penal, se ha advertido que el terrorismo persigue unos determinados objetivos políticos y sociales a través del terror, es decir por medio de una sucesión de actos de violencia encaminados a imponerlos por la fuerza ya a atemorizar a la población y coaccionar a los poderes legítimamente constituidos, siendo indiferente que la agresión se dirija contra la generalidad de la población como contra un grupo, colectividad, institución o persona determinada.²

2. Así, entre otras muchas, las SSTS 27 diciembre 1998; 28 junio 2001; y 21 mayo 2002.



Tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de jerarquía, disciplina, estabilidad, permanencia y objetivos plurales (STS 12 marzo 1992). Por este motivo la legislación antiterrorista ha venido descansando fundamentalmente en la idea de la criminalidad organizada, dado que en la inmensa mayoría de casos los actos de terrorismo se cometen en el seno de *bandas armadas*. Pero justamente la aparición de *Al Qaeda*, cuya estructura organizativa es muy difusa, supone de nuevo el giro conceptual hasta hacernos recordar la legendaria figura del terrorismo anarquista individual, y por tanto comienzan a diluirse o al menos a valorarse como relativas estas exigencias relativas a la clase o modo de organizarse.

Por consiguiente, lo esencial para definir los actos de terrorismo reside en la práctica de actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferente si se realizan en el seno de una organización o se cometen individualmente.

2.2. Delito político y delitos comunes

Pero al tratarse de una violencia política, la necesidad de diferenciar la incriminación de las ideas políticas frente a los actos de violencia ejecutados en nombre de una ideología, se erigen en cuestión nuclear.

En un plano técnico-jurídico, tradicionalmente las infracciones penales se han clasificado según su naturaleza en *delitos comunes* y *delitos políticos*. Cada una de estas dos categorías tiene atribuido un diferente régimen jurídico. Pues bien, para poder determinar una y otra clase de infracciones, la doctrina ha acudido a distintos criterios, que han propiciado la formulación de varias teorías destinadas a fijar la diferencia entre delitos políticos y delitos comunes. En primer lugar, la *teoría objetiva* acude a la naturaleza común o política del bien protegido. En segundo término, la *teoría subjetiva* atiende a si los móviles del autor eran de naturaleza común o política. Y en tercer lugar, la *teoría mixta* combina, aunque de diferentes modos ambos criterios. Así, según el criterio *mixto extensivo* será delito político todo aquél que lesione un bien político o que persiga objetivos políticos. Mientras que el criterio *mixto restrictivo* requiere que concurren ambos para calificar a un delito de político.

En la cultura occidental se consideran delitos políticos el castigo a la libre afiliación a partidos políticos, sindicatos, confesiones, o so-



ciudades; la libertad de expresión, información e imprenta; la libertad de enseñanza etc. En la actualidad, los sistemas democráticos consideran estas conductas derechos fundamentales de la persona y ahora aparecen consagrados en sus leyes fundamentales. Por tanto, un Derecho Penal democrático es incompatible con la sanción de estos derechos, y más aún, lo que se castiga es impedir su libre ejercicio. Pero en otros tiempos, dentro de regímenes autoritarios, si estaban sancionados penalmente. En particular durante las monarquías absolutas, con los delitos de «*lesa majestad*» y posteriormente en el seno de los regímenes totalitarios y autoritarios.

En el presente, se sostiene pacíficamente que en los Estados democráticos no existen los delitos políticos en sentido estricto. Sin embargo, también se ha querido poner de relieve que esta reducción o diferenciación, solamente es válida para el llamado «terrorismo interno o doméstico», y siempre que la comparación se efectúe entre Estados homogéneos. En los regímenes dictatoriales no resulta sencillo operar siempre con estas categorías, y quizás por ello, sumado a las muy diferentes tradiciones culturales, sea cuestionado por algunos en relación al «terrorismo internacional». En cualquier caso, la caída del «telón de acero», con la consecuente desaparición de un mundo partido en dos bloques, ha posibilitado que la normativa internacional, aunque todavía insuficiente, avance hacia una tajante separación entre delitos políticos y terrorismo. Así, parece ir consolidándose la idea de que cualquier acto contra la población civil deja de ser un delito político para convertirse en un acto de terrorismo. Es decir, se afirma la prohibición y condena de la subordinación de los derechos individuales a fines políticos, y el repudio de la violencia como instrumento político.

Pues bien, la distinción entre *delitos comunes* y *políticos* posee una gran trascendencia, pues confiere un estatuto jurídico diferente, y muy especialmente en materia de asilo y extradición. Por citar el ejemplo más característico en materia de delincuencia terrorista, el artículo 13,3 CE dispone que «*Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo*».

La legislación española parece seguir un criterio objetivo, según se desprende tanto de la Ley de Extradición Pasiva (art. 4), como del Convenio Europeo para la Represión del Terrorismo (Estrasburgo, 27 Enero 1977), lo que significa que si el bien atacado es de naturaleza común, el delito será considerado común, y por consiguiente, cabrá la extradición de sus autores. En este sentido, cualquier ataque contra la vida, integridad, libertad de las personas, secuestro, toma de rehe-



nes, utilización de bombas, explosivos, cohetes o armas automáticas, se considera siempre un acto de terrorismo, y por tanto un *delito común* susceptible de extradición.

En todo caso, los delitos de terrorismo, aunque sean considerados *delitos comunes*, no dejan de poseer unas características muy particulares, sobre todo por la instrumentalización de las personas y sus bienes con la doble finalidad de atemorizar a la población y obtener sus metas políticas. Por todas estas razones, los delitos de terrorismo, si bien integran la categoría de *delitos comunes*, presentan unos rasgos muy especiales que necesariamente condicionan su tratamiento punitivo.

2.3. Terrorismo de Estado y «guerra sucia»

Para concluir el apartado dedicado al concepto de terrorismo nos resta examinar un tema polémico como es el relativo al llamado «terrorismo de Estado».

Un sector de la doctrina mayoritaria española no considera auténtico terrorismo al «terrorismo de Estado», por cuanto se trata de una denominación retórica o porque esas acciones merecen otros calificativos. Así, en el plano internacional serían crímenes de guerra, crímenes contra la humanidad o genocidio. Y en el derecho interno, si el Estado ejerce regularmente la violencia es formalmente legítima; y si su ejercicio es irregular, el Estado nunca es responsable como tal. Desde luego que existen modelos de dominación política basados en el terror, pero son muy diferentes al terrorismo no «institucional». En este sentido es muy conveniente diferenciar tres grupos de casos. En un primer grupo encontramos la extralimitación de los poderes públicos en la lucha contra el terrorismo, que en ocasiones puede llegar a legislaciones excepcionales o al uso de prácticas intolerables como la tortura. En segundo lugar, podríamos hablar de los Estados totalitarios, donde la aniquilación del enemigo está más o menos formalizada en su legislación y los problemas son de legitimación de las leyes que dan cobertura al ejercicio del terror (Alemania nacional socialista; Italia fascista; España franquista; URSS, etc). En un tercer grupo, nos enfrentamos a la violencia ejercida por grupos *paramilitares* o por los propios cuerpos de seguridad, pero al margen de la ley, aunque con una absoluta o parcial impunidad (dictaduras de Argentina, Chile, El Salvador, Guatemala, Colombia, Perú, etc). Ciertamente la división no puede fijarse nítidamente en algunas situaciones, pero en otros si resulta operativa y en cualquier caso es válida como regla general. No obstante, esta distin-

ción reaparecerá al hablar de las clases de terrorismo e incluso, como estamos comprobando, incide sobre el mismo concepto de terrorismo.

Pues bien, de esta misma opinión es la jurisprudencia, que al enjuiciar la actividad violenta del GAL, y sancionar a ex-dirigentes del Ministerio del Interior y a oficiales y agentes policiales, no consideró que fueran terrorismo, porque faltaban los requisitos de ser un grupo armado y porque no perseguían la finalidad de subvertir el orden constitucional.³ No obstante, también existen autores que si consideran terrorismo la violencia ilegítima del Estado, practicada por servidores públicos, y que se ve favorecida además por una legislación que facilita la exclusión de garantías y posibilita la tortura (Portilla Contrera; Muñoz Conde). Su argumentación es que no sólo la finalidad de subvertir el orden constitucional convierte la violencia en terrorismo, sino que también ocurre cuando la finalidad altera la paz pública o la seguridad ciudadana, para lo que se apoyan en la interpretación de algunas resoluciones judiciales.⁴

Sin embargo, aunque el tema sea complejo, no parece que conforme a la legislación vigente, pueda hablarse en un sentido técnico jurídico de *terrorismo de Estado*, sino en todo caso de la comisión de otros delitos comunes, como torturas, homicidio, lesiones, detenciones ilegales u otras infracciones vinculadas con el abuso de funciones públicas.

3. ¿Terrorismo o terrorismos? El *enemigo interno* (terrorismo doméstico) y el *enemigo externo* (terrorismo internacional)

¿Existe un solo terrorismo o varios terrorismos? La pregunta estriba en si las acciones violentas practicadas en diversos países y reivindicadas por muy diferentes grupos, bajo circunstancias diversas, son idénticos, o al menos pueden ser reconducidas a un tratamiento jurídico similar.

Por citar sólo algunos ejemplos, podemos comparar los siguientes comportamientos para analizar si es posible reconducirlos a una categoría común: el atentado de ETA en suelo español; el del IRA dentro del Reino Unido; las acciones de las Fuerzas Armadas Revolucionarias en Colombia (FARC); la violencia de HAMAS frente a Israel; los múltiples actos violentos de la *intifada* en Palestina; la insurrección en Iraq tras la ocupación militar extranjera; las acciones del PKK kurdo; la lucha del Ejército de Liberación de Kosovo; las acciones del Movimiento

3. STS 12 marzo 1992; STS 29 julio 1998.

4. Se citan las SSTC 33/82; 59/90 y STS 27 mayo 1988.



Islámico de Uzbekistán; los Tigres de la Liberación de Sri Lanka; *Abú Sayaf* en Filipinas; el grupo *Ranvir Sena* en el Estado hindú de Bihar; o los múltiples ataques reivindicados por *Al Qaeda* en varios países.

De nuevo la pregunta nos lleva al concepto de terrorismo, y más exactamente a si existe un solo terrorismo o varias clases de terrorismo. Pero más allá del debate histórico, político, cultural e incluso militar, que nos llevaría a remontarnos a conceptos como el de *guerrilla*, descolonización, guerra, conflicto bélico, justificación, causas o legitimidad, lo que nos interesa es saber si, al menos en el plano estrictamente jurídico, es posible un tratamiento uniforme del uso de la violencia como instrumento político.

Ahora bien, si no es sencillo encontrar un concepto unánime de terrorismo en el marco de países con profundos lazos históricos y culturales, más difícil resulta encontrar clasificaciones aceptadas universalmente. Así, no se ha avanzado, al menos jurídicamente, en distinciones entre terrorismo político, étnico, religioso, subversivo, social y común. Tampoco se acepta unánimemente, como acabamos de exponer, la distinción entre «terrorismo común» y «terrorismo institucional» o terrorismo de Estado.

No podemos olvidar que el terrorismo constituye indiscutiblemente un fenómeno polimórfico, que varía sus procedimientos según las culturas y las épocas. Quizás la única clasificación extendida sea la que distingue entre «terrorismo interno» y «terrorismo internacional». Y tampoco se encuentra libre de objeciones, puesto que en ocasiones se alude con esta expresión a las alianzas de grupos terroristas de diferentes países; en otras se refiere a los llamados «Estados terroristas», por su apoyo a organizaciones que actúan en otros territorios («la Internacional del terror»); un tercer criterio es la existencia de víctimas internacionales; en cuarto lugar se llama así porque persigue un cambio político y social mundial; igualmente se habla de terrorismo internacional al que se prepara o ejecuta cualquiera de sus fases en diferentes Estados; y por último a aquel que atenta contra valores universales (Lamarca Pérez).

La distinta forma de medir que en general los Estados aplican a los actos de violencia según se trate de países amigos o frente a los considerados enemigos, complica extraordinariamente la cuestión en el plano internacional (Ferrjoli). También resulta problemático, como ya se indicó, asignar a formas de violencia ya definidas como delitos comunes, una finalidad específica y generalmente cualificada. Todo ello muestra la necesidad, ya apuntada en diversos foros, de crear una jurisdicción internacional y una normativa que contemple estas infracciones como una especie de delitos de *lesa humanidad*. Esta debiera ser



la línea a seguir en el marco internacional, puesto que en los Derechos nacionales, muchas de estas cuestiones ya se encuentran resueltas. Al menos en los países que definen estos delitos de modo autónomo que, por extraño que parezca, no son ni mucho menos todos, ni siquiera en el espacio europeo. Con otras palabras: existen Estados en donde no aparece el término terrorismo en sus leyes.

Desde luego, como advertía, más sencilla, aunque no exenta de problemas, es la definición de terrorismo en las diferentes legislaciones estatales, esto es, la creada frente al llamado terrorismo doméstico. De hecho, muchos países, entre ellos España, aplican su legislación terrorista indiferenciadamente a toda clase de terrorismos, sean de origen doméstico o internacional. Otros, en cambio, como los EEUU, modificaron radicalmente su legislación tras los atentados del 11S. Y este parece ser ahora el camino deseado por el Gobierno británico.

En lo que sí debe reinar el acuerdo es en rechazar las clasificaciones de terrorismos *blandos* y terrorismos duros, o la desdichada expresión española de «terrorismo de baja intensidad». Por lo menos desde la perspectiva jurídica, el fenómeno terrorista contiene una serie de ataques a bienes jurídicos fundamentales con la doble finalidad de subvertir el orden constitucional y atemorizar a la población. Y todas esas conductas han de ser calificadas por igual como delitos de terrorismo. Ni el número de víctimas o su condición, o las diversas conductas de colaboración y financiación, escapan a este concepto legal.

4. ¿Qué ha cambiado con el *nuevo* terrorismo desde el 11S?

El profesor Heymann ha expuesto que los cambios fundamentales operados tras los ataques terroristas del 11S en suelo norteamericano residen en dos aspectos. El primero hace referencia a «la escala del peligro» y el segundo a la envergadura del grupo. Según este autor, la cantidad de daño ha cambiado, y ya no nos encontramos con «pequeños daños» o daños limitados, sino con terroristas dispuestos a usar armas de destrucción masiva o medios susceptibles de ocasionar grandes estragos y masacres indiscriminadas. Los grupos terroristas internacionales siguen buscando armas no convencionales con capacidad para asesinar a miles de personas. De otra parte, la dimensión del grupo ha evolucionado, pasando de ser uno pequeño en su inicio (alrededor de 500 activistas) a contar en la actualidad con cerca de 4.000.

Pero es más, la importancia de *Al Qaeda* hoy no reside tanto en su capacidad operativa, si no más bien en su liderazgo mundial, en su condi-



ción de vanguardia de la *yihad* neosalafista que persigue la unificación política del mundo musulmán. Es decir, se ha convertido en un movimiento global cuya finalidad es la instauración de un Califato o imperio político islámico que se extienda desde el extremo occidental del Mediterráneo hasta los confines del sudeste asiático (Reinares). De modo que ahora no es un grupo más o menos extenso o poderosos, sino que se ha transformado en un auténtico movimiento que incita al resto de grupos islamistas radicales, llegando a su movilización y a contar con una auténtica red de grupos. Unos poseen el carácter de grupo asociado, y reciben armas, entrenamiento, financiación e ideología. Mientras que otros, poseen naturaleza de grupos afiliados, y aunque no están directamente vinculados a *Al Qaeda*, se inspiran en su ideario. Por todo ello se afirma que a nivel internacional hasta ahora existían muchos grupos terroristas distintos, pero tras el 11S y la invasión de Iraq, las diferencias han desaparecido y en cierto modo puede hablarse de una acción conjunta (Gunaratna).

Habría que añadir un tercer cambio: la aparición del terrorista suicida, lo que dificulta la prevención y extrema el perfil de delincuente por convicción. Desde cualquier punto de vista es obvio que el terrorismo suicida ha convertido sus ataques en más letales e indiscriminados. Los analistas estiman que en la actualidad el modelo de terrorista suicida tiende a extenderse y generalizarse.

A nadie le cabe duda que tras el 11S el terrorismo ha adquirido una nueva escala. Ha dejado de ser un drama interno para algunos países, para tomar una dimensión universal. Después de las «guerras preventivas» de Afganistán e Iraq, tres continentes se han visto involucrados en la mayor empresa bélica tras la Segunda Guerra Mundial. Los atentados del 11M en Madrid, del 7J en Londres, y otros perpetrados fuera del territorio europeo confirman esta tendencia. ¿Qué puede hacer el Derecho penal en un conflicto no sólo social e interno, sino armado e internacional? ¿Cómo podemos encontrar un punto de equilibrio entre los derechos fundamentales y la seguridad colectiva? (Losano). O quizás la respuesta correcta sea que nos encontramos inmersos en una guerra; una guerra contra Occidente; la llamada *guerra contra el terror*.

5. ¿Estamos en guerra contra el terrorismo? Las doctrinas del *combatiente enemigo*, el *nuevo terrorismo* como una *guerra contra Occidente* y el *Derecho penal del enemigo*

A la pregunta acerca de la función del Derecho penal ante este fenómeno, trataré de contestar en el siguiente apartado. Respecto a la



búsqueda de un equilibrio entre derechos fundamentales y seguridad, ya me pronuncié al comienzo, pero también me remito al siguiente epígrafe, aún aceptando ya, aunque sólo en parte, la opinión de muchos pesimistas, para quienes el equilibrio se ha quebrado a favor de la idea seguridad (Bergalli). Ahora sin embargo creo oportuno centrarme en el interrogante acerca de la existencia de una guerra contra el terrorismo.

5.1. La doctrina del combatiente enemigo y la Ley Patriótica de los EEUU

Por todos es conocido el término norteamericano de «enemigo combatiente», aplicado a centenares de sospechosos de terrorismo tras el 11S, con graves consecuencias para sus derechos y su situación jurídica, al no reconocerse por el Gobierno norteamericano ninguna garantía constitucional, ni siquiera la competencia para ser enjuiciados por tribunales penales ordinarios. Pero como veremos a continuación, la jurisdicción federal ha comenzado a revocar esta doctrina gubernamental. El caso más paradigmático es el de los presos confinados en la base militar de Guantánamo. Tampoco deben olvidarse doctrinas como la «*over reaction*», destinadas a combatir con mayor eficacia el terrorismo mediante una severa reducción, aunque no anulación total, de las garantías constitucionales.

Como ya se ha adelantado, los ataques del 11S de 2001 a las Torres del *World Trade Center* en Nueva York y al Pentágono en Washington, fueron el acto final de una cadena de acciones terroristas que supuso una intensificación tanto en cuanto al nivel de violencia, como a la complejidad de la acción y de los resultados. La reacción del Gobierno norteamericano fue casi inmediata y muy similar a la de una declaración de guerra. Rápidamente el Congreso promulgó reformas profundas del sistema penal.⁵

Entre las reformas más importantes se encuentran las siguientes: la eliminación de la separación entre la función de inteligencia dirigida hacia al exterior (internacional) y hacia el interior (nacional); se redefinió el concepto de los delitos de terrorismo; se aumentaron las penas; se reestructuraron las normas bancarias y se modificó la legislación

5. Sigo en parte la conferencia presentada en el *Corso di Studi Avanzati di Diritto Transnazionale*, en la Università de Trento, por el prof. Salas, L. P.: «La competencia extraterritorial sobre delitos cometidos en el extranjero. La experiencia estadounidense», 26 abril 2005.



que regula el blanqueo de capitales; y se ampliaron extraordinariamente los poderes de la policía para investigar los actos de terrorismo. El grueso de las reformas legales se encuentra plasmado en la llamada Ley Patriótica, presentada al Congreso inmediatamente y aprobada con gran celeridad.

Algunos de los aspectos principales de estas reformas para combatir el terrorismo recaen sobre garantías constitucionales, como son el relativo a la redefinición de la competencia de los tribunales ordinarios tanto para emitir ordenes que faciliten la investigación, la intervención telefónica, por ejemplo, y la potestad legal que permita que un tribunal ordinario revise la conducta de autoridades del Ejecutivo por medio de *habeas corpus*, apelación o casación. En todos estos casos, el Poder Ejecutivo ha recortado sensiblemente las competencias del Poder judicial, manifestado una gran desconfianza en la capacidad del sistema penal ordinario para juzgar estos delitos con efectividad y salvaguardando los intereses del Estado en proteger sus fuentes de información.

Por ejemplo, en la ley FISA, el Departamento de Justicia argumentó que dado la necesidad de mantener secreta las investigaciones de los servicios de inteligencia, era necesario que se designaran un número reducido de jueces federales que pudieran conocer las investigaciones. En virtud de esta norma, las órdenes judiciales emitidas conforme a la ley FISA solamente pueden ser revisadas o emitidas por 11, de los cientos de jueces federales existentes. Cada año el departamento de Justicia tiene la obligación de informar al Congreso sobre el número de aplicaciones remitidas a estos jueces y los resultados de las mismas. Pero normalmente, por no decir siempre, todas las órdenes fueron estimadas por los 11 jueces competentes, en materias como interceptaciones telefónicas o registros domiciliarios.

En paralelo a estas reformas, el 14 de noviembre de 2001, el Presidente G. Bush emitió un decreto en el cual estableció que los tribunales militares son los únicos competentes para juzgar a extranjeros que son o han sido miembros de *Al Qaeda* por actos cometidos en contra de los Estados Unidos o de sus ciudadanos.⁶ El decreto estipula que el Presidente será la única autoridad competente para

6. Véase Military Order en <http://www.whitehouse.com>, el 13 de noviembre de 2001. El Colegio Nacional de Abogados (ABA) en su estudio hace un análisis de esta clase de Tribunales que se remonta a la II Guerra Mundial. En el mismo señala que entonces la declaración de los mismos había estado precedida de la declaración de la guerra, observando que aunque después de los atentados del 11 de septiem-



formular cargos en contra de los sospechosos y que las actuaciones de dichos tribunales no serán recurribles ante ningún tribunal ordinario federal o estatal, ni tampoco es recurrible ante un tribunal internacional.⁷ Esta vasta reacción se completó con la «Estrategia de Seguridad Nacional» firmada por el presidente el 17 de septiembre de 2002, de la que deriva la «Estrategia Nacional para Combatir el Terrorismo», aprobada en febrero de 2003. En esta última se contiene el plan «AD»: *Defeat* (derrotar), *Deny* (denegar), *Diminish* (Debilitar), y *Defend* (defender).

Uno de los aspectos más debatidos de la normativa antiterrorista norteamericana fue el establecimiento de centros de detenciones en la base naval norteamericana en Guantánamo. Cientos de detenidos en Afganistán y otros países han sido trasladados a estos centros. Recientemente el Tribunal Supremo Federal ha fallado ya en varios casos sobre la legalidad de la detención indefinida y ha declarado la competencia jurisdiccional de los tribunales ordinarios norteamericanos sobre los detenidos en Guantánamo. Es decir, ha cuestionado la tesis gubernamental al resolver que no están sustraídos a su competencia y consecuentemente podrá revisar el estatuto del llamado *combatiente enemigo*

Un caso esencial en este conflicto, es el caso de *Rasul v. Bush*,⁸ en el cual el Tribunal Supremo Federal consideró un recurso presentado por un detenido en Guantánamo que estaba encarcelado como «*combatiente enemigo*». El detenido presentó un recurso de *habeas corpus* ante un tribunal federal cuestionando la legalidad de su detención indefinida. Las autoridades militares argumentaron que al estar detenido en territorio extranjero y al ser clasificado como «combatiente enemigo» y no como prisionero de guerra, lo que le sujetaría a la

bre no ha habido una declaración formal de guerra, tampoco es necesaria en tanto que el art. 21 de la 10 USC § 821, no establece la necesidad de dicha declaración formal. Véase «American Bar Association», *supra*.

7. En uno de los primeros casos en los cuales un detenido fue sometido a juicio por una comisión militar, el acusado presentó un recurso de *habeas corpus* para cuestionar la legalidad de su detención. Salim Ahmed Hamdan fue acusado de «delitos de guerra» y procesado ante una «comisión militar» establecida por medio de órdenes del Presidente quien es el ente acusador y quien tiene la última palabra como ente revisor de cualquier fallo o apelación. Hamdan pidió que se juzgara ante un tribunal militar donde tendría amplios derechos procesales acordados a prisioneros de guerra y fuerzas militares. El Tribunal Supremo Federal determinó que los procedimientos de las comisiones militares no cumplen los requisitos básicos de un juicio ante un tribunal militar normal ordinario.

8. 542 US, 124 S. Ct. 2686 (2004).



Convención de Ginebra, los tribunales federales no eran competentes para decidir sobre la legalidad de su detención. Asimismo argumentaron que esta materia era competencia del Presidente en su función como comandante de las fuerzas armadas y que por lo tanto la separación constitucional de poderes limitaba la competencia judicial. Y aunque el Tribunal Supremo Federal no decidió sobre el fondo del recurso, relativo a la inversión de la carga probatoria que pesaría sobre el detenido para sostener su recurso de habeas corpus y lograr su libertad, rechazó los argumentos del Ejecutivo y declaró la competencia judicial sobre esta materia y sobre todos los detenidos en Guantánamo. Como es natural, esta decisión afecta a los más de 600 actualmente detenidos en Guantánamo, los cuales han comenzado ya a presentar recursos en tribunales federales para cuestionar la legalidad de su detención indefinida.

En otro de los recursos que llegó al Tribunal Supremo Federal el año pasado,⁹ consideró el caso de un detenido en Afganistán que era ciudadano norteamericano y estaba detenido en una cárcel militar en Estados Unidos. El Tribunal rechazó el argumento del Ejecutivo según el cual el Poder Judicial carecía de competencia y decidió que el ciudadano Hamdi tenía el derecho de cuestionar ante un tribunal ordinario su clasificación como un *combatiente enemigo* de acuerdo a las reglas establecidas por el Congreso al autorizar al Presidente para la detención de estos extranjeros. También se declaró que tenía el derecho a ser informado de las pruebas que llevaron al Ejecutivo a concluir que era un «*combatiente enemigo*» y a rebatirlas aunque la presunción favoreciera al Gobierno.

Como inmediatamente expondré, esta tesis del *combatiente enemigo* supone, en mi opinión, un claro abuso y fraude de ley.

5.2. El nuevo terrorismo como una guerra contra Occidente

Igualmente encontramos autores que abiertamente califican la situación de guerra o matizan hablando de guerra no convencional, o *guerra en red*. Para muchos de ellos es justamente esta calificación del conflicto como una guerra, la que justifica el recurso a medidas jurídicas tan radicales y a la elaboración de conceptos como el de *combatiente enemigo*.

9. *Hamdi v. Rumsfeld*, 542 US, 2004



Frente a estas opiniones, más o menos matizadas, aceptando la existencia de una guerra, o que de una u otra forma *explican* o abiertamente justifican la diferencia radical y sustantiva de tratamiento jurídico, la inmensa mayoría de la doctrina científica, comenzando por la norteamericana, se opone a esta afirmación con argumentos sólidos (Heymann). En primer lugar surge un interrogante de carácter elemental: ¿contra quién estamos en guerra? Porque conforme a la normativa internacional sobre conflictos bélicos, no estamos en guerra, o no lo estamos frente al terrorismo internacional de *Al Qaeda*, que no reúne las características jurídicas para ser considerado uno de los sujetos en conflicto. No puede responderse, al menos en el plano jurídico, de forma satisfactoria a esta primera cuestión. No hay pues ni guerra ni enemigo, al menos, insisto, conforme a la legislación internacional vigente.

Llegados a este punto, ya podemos recordar una obviedad en el plano jurídico: existen dos situaciones diferentes a efectos de determinar la normativa aplicable frente al uso de la violencia. Así, si estamos en «tiempos de paz» se aplican unas leyes; y si por el contrario estamos «en tiempos de guerra» se aplicará otra normativa diferente. Pero lo que es claro es que *tertium non datur*; o sea, que no existe jurídicamente hablando un tercer ámbito normativo. De modo que si se quiere calificar al terrorismo de una auténtica guerra y a sus activistas se les desea conceder el rango de enemigos bélicos, entonces se tendrá que aplicar la legislación propia para «tiempos de guerra». En caso contrario, si el terrorismo no es una guerra y sus activistas no son enemigos, tendremos que aplicar el Derecho penal común, aún con todas las especialidades necesarias. Pero una cosa es recurrir a especialidades o excepciones legales para hacer frente al terrorismo, y otra muy distinta situarse completamente fuera del sistema. Esto es lo que se ha hecho al inventarse el estatuto de «combatiente enemigo» o tratar de justificarlo o explicarlo recurriendo a la doctrina del *Derecho penal del enemigo*. Es decir, se ha actuado con un evidente fraude de ley, al dejar fuera del sistema jurídico interno y a la vez fuera de la normativa internacional, a los sospechosos de terrorismo. Se ha creado de *facto* una zona intermedia, oscura, y difusa, que queda completamente al margen del Estado de Derecho.

Como a nadie escapa esta obviedad, algunos autores se han apresurado a buscar y justificar la existencia de esta tercera situación. Pero aunque se hable de *nueva guerra*, guerra sin frentes, o guerra en red, lo cierto es que en el plano jurídico nada ha cambiado: o estamos «en tiempos de paz» o estamos «en tiempos de guerra», y cada una de es-



tas dos situaciones posee un bloque de legalidad definido. Hoy por hoy no existe la tercera categoría.

Pero se han dado más argumentos en contra. Por ejemplo, el uso de nuevas armas por el terrorismo no nos aporta un dato jurídicamente decisivo, pues los terroristas a lo largo de la historia siempre recurrieron a las más mortíferas a su alcance, incluidas las de uso militar. También se ha dicho con razón, que en hipótesis de guerra lo decisivo es la participación de los Ejércitos. Sin embargo, el empleo de las Fuerzas Armadas como eje de la lucha antiterrorista se ha demostrado ineficaz, inútil e imposible que pueda ofrecer una victoria incondicional. Desde otra perspectiva, se ha argumentado que la Nación en guerra permanente otorga un poder ilimitado al Ejecutivo que desestabiliza el equilibrio necesario entre los tres poderes del Estado de Derecho. Así mismo se ha observado agudamente, que precisamente la consideración de enemigos militares es lo que buscan los terroristas, por lo que el reconocimiento de ese estatuto supone concederles ya una victoria parcial. Y en definitiva se ha alegado que estas medidas quiebran el sistema democrático. La solución en todo caso pasa, bien por la oportuna remisión a la legislación internacional para conflictos bélicos, o simplemente por la aplicación del Derecho penal.

Ahora bien, aunque el terrorismo no sea una guerra, y aceptando la dimensión del nuevo terrorismo, parece claro que no podemos permanecer igual, que tenemos la necesidad de hacer frente a este reto con las medidas legales pertinentes. No obstante, es oportuno recordar que ya en la lucha contra el terrorismo interno y clásico sufrido por los grandes países occidentales, los Estados habían procedido a reformas legislativas que limitaban fuertemente los derechos civiles. Y estos instrumentos legales extraordinarios siguen hoy en día vigentes, por lo que pueden ser usados perfectamente frente al *nuevo* terrorismo internacional, y de hecho así está sucediendo.

Creo que nadie cuestiona la necesidad de normas excepcionales o especiales para combatir eficazmente el terrorismo, aunque su permanente instalación en la legislación, desnaturalice su propia esencia de leyes de emergencia o de leyes temporales, convirtiendo lo excepcional en la regla general. Esta tendencia provoca además una fuerza expansiva negativa sobre el resto de disposiciones penales, que paulatinamente va extendiendo la excepcionalidad a otras áreas de delincuencia. En mi opinión es en este extremo en el que debe centrarse el debate. Esto es, en decidir qué restricciones a los derechos y garantías constitucionales pueden establecerse, y qué medidas sustantivas para incriminar y castigar estos delitos son posibles en el marco de un Estado de Derecho.

5.3. La doctrina del Derecho penal del enemigo

Ya en el ámbito europeo, se ha ido abriendo camino la doctrina sugerida por autores alemanes del «Derecho penal del enemigo» (Jakobs), que en síntesis, a efectos de garantías, penalidad y régimen penitenciario, propone fijar una severa diferencia entre los delincuentes comunes y los terroristas. Justifican este doble tratamiento en que éstos últimos no son y no se comportan como auténticos ciudadanos, pues no se limitan sólo a infringir el Derecho, sino que fundamentalmente tratan de destruir el sistema social. Por consiguiente han de ser tratados como enemigos, por lo que resulta necesaria la elaboración de un *Derecho penal del enemigo*.

El más destacado teórico en la actualidad de la doctrina del *Derecho penal del enemigo*, Jakobs,¹⁰ ha expuesto que el Derecho penal conoce dos polos de regulación. El primero representado en *el trato con los ciudadanos*, donde el Derecho penal espera la exteriorización de la conducta para reaccionar con la finalidad de que el castigo confirme la estructura normativa social. El segundo polo viene expresado en *el trato con el enemigo*, que debe interceptarse en seguida, incluso previamente a la exteriorización de sus actos y al que se castiga por su peligrosidad. El enemigo es visto como una *fente de peligro*, y como tal ha de ser tratado. Esta es la única manera de solucionar, a su juicio, el problema de los individuos que no permiten su inclusión en una constitución ciudadana. Porque a quien no presta una «seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no puede esperar ser tratado como persona, pues de lo contrario se vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas» (Demetrio Crespo).

Como se ha dicho textualmente por los defensores de estas tesis, los enemigos no son personas. Por eso se propone la compatibilidad de «dos Derechos», uno para los ciudadanos y otro para los enemigos. Pero como se ha destacado en la doctrina española, esta fórmula ya lo proponía Mezger en la etapa nacional socialista con otra denominación: «*extraños a la comunidad*», que siendo equivalente a la moderna expresión «enemigo», igualmente justificaba la aplicación de «dos Derechos penales». De suerte que en el «Derecho penal especial» sobran las garantías y se recurre a las sanciones indeterminadas e indefinidas. Sin em-

10. JAKOBS, G.: «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en JAKOBS/CANCIO MELIÁ: *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003; y del mismo autor: *Estudios De Derecho penal*, Madrid 1997.



bargo, no debe pasarse por alto que aquellas teorías de los «extraños a la comunidad», de los «asociales» o de «los seres carentes de interés vital» nacieron en el seno de un Estado totalitario. Pero ahora, según creo recordar, no estamos en un Estado totalitario, sino en una democracia. Y esta doctrina no parece tener cabida alguna dentro del marco de un Estado de Derecho. Es más, las doctrinas del «nuevo Derecho penal autoritario», plasmadas en la construcción de un *Derecho penal del enemigo*, constituyen una amenaza directa y grave a la democracia. Una mínima reflexión al respecto nos permite comprobar que sus efectos son demoledores, pues no sólo nos arrastra a una deslegitimación del Estado, sino que a su vez nos conduce a una legitimación de los propios terroristas, o de cualquier otra categoría de nuevos enemigos, crimen organizado, narcotraficantes, etc (Muñoz Conde).

Pero lo que no merece considerarse como objeto de discusión en el seno de un Estado de Derecho, es la existencia de una legislación antiterrorista sin sujeción a los controles y garantías constitucionales, y cuanto menos a los propios de una situación de emergencia. La democracia sólo puede defenderse con la democracia. No puede aceptarse la tensión «amigo-enemigo», convirtiendo en un «*bárbaro subhumano*» o «fanático irracional» al terrorista. Desde aquí es fácil luego deslizarse por la criminalización del crítico como traidor; entrar en la tensión amigo-enemigo, aducir que la única respuesta que puede comprender es la fuerza, y en fin, dejarse llevar por políticas que lo justifican todo (Terradillos Basoco).

Por otra parte no resulta sencillo determinar *a quién* ha de considerarse enemigo, ni *cómo* se efectúa tal calificación, ni tampoco *quién* tiene atribuido ese poder extraordinario. Los caminos tradicionalmente transitados en esta dirección, como los perfiles criminológicos, la pertenencia a grupos de riesgo, los delitos de sospecha, la peligrosidad social, o el Derecho penal de autor, han sido severamente criticados y rechazados por la doctrina científica y parecían felizmente expulsados de nuestras legislaciones.

Hablar de un *Derecho penal del enemigo* es una contradicción o un juego retórico, puesto que en sentido estricto sólo cabe hablar de «enemigo» dentro de una situación de guerra, y entonces lo que debe aplicarse no es el Derecho penal ordinario, sino la normativa internacional sobre «usos y costumbres de la guerra». Y para ello, tal vez la Corte Penal Internacional debe y puede ser también un instrumento idóneo. De nuevo nos situamos antes dos únicas alternativas: los juristas debemos elegir entre las *over reaction* del Estado singular, esto es, entre la emergencia de un Derecho penal excepcional, o entre las



instituciones del Derecho internacional fundamentalmente contenidos en el Convenio de Ginebra.

La ley penal no puede resolver toda la compleja trama que origina el terrorismo. En cambio, si puede ser un arma muy útil, seleccionando y reprimiendo las conductas violentas y los delitos a través de los que se manifiesta. Debe discutirse el cómo se lucha, no si se lucha contra el terrorismo. El carácter *pluriofensivo* de estos delitos, en la medida que ataca bienes individuales como instrumento para destruir el orden constitucional, ha sido la justificación de un tratamiento singular. Pero que sea un problema penal no justifica cualquier medida penal. Muestra de ello son la diversas legislaciones antiterroristas europeas existentes, que sin incurrir en la barbarie de un *Derecho penal del enemigo*, si contemplan toda suerte de medidas excepcionales.

En el caso español, como en otros europeos, la normativa especial antiterrorista de las décadas de los setenta y ochenta, incorporó sus contenidos al Derecho penal y procesal común, otorgando carta de naturaleza a un Derecho de emergencia. Pero cuando el sistema jurídico reconoce la emergencia como una situación permanente, ésta deja de serlo para convertir lo transitorio en duradero. Esta es la crítica esencial que la doctrina ha venido lanzando a las legislaciones antiterroristas. Por tanto el debate no está en el déficit de las medidas legales existentes, sino que justamente es la contraria, su exceso. De modo que al sugerirse la necesidad de nuevas reformas para ir más allá del bloque legal ya vigente, el abismo está muy próximo. Con otra palabras; si ya hemos llegados hasta los confines del Estado de Derecho, y si queremos seguir dentro de este modelo, nos queda ya muy poca capacidad de maniobra. A lo sumo podremos detenernos en los detalles, pero difícilmente en sus contenidos esenciales.

Ciertamente en materia de terrorismo se reafirma una constante en nuestra historia legislativa y judicial, que es su carácter excepcional en todos los sentidos de la expresión. Porque como ha destacado la doctrina, *«desde el siglo XIX hasta nuestros días, la política criminal en España ha cumplido fielmente con las tesis de la estrecha conexión entre política y Derecho Penal; a cada cambio político de carácter liberal ha seguido una política criminal liberal y las involuciones autoritarias se han visto acompañadas por una producción legislativa del mismo carácter»* (Arroyo Zapatero). Estos cambios sucesivos de la legislación penal, incluida la terrorista, de consuno a los cambios político, los hemos comprobado muy recientemente en nuestro país. Sin embargo, como advierte Vives Antón, esta regla general mantiene siempre una excepción: *«el castigo de la apología que, ciertamente con diferente amplitud, tiene una*



presencia constante en la legislación penal de la democracia española». Esta excepcionalidad se confirma con la *contrarreforma* del CP 1995 en esta materia, a través de la L.O. 7/2000, de 22 diciembre, con la ampliación extrema del art. 578, que unida al ya existente art. 607, deja muy en evidencia el castigo genérico de la apología como forma de provocación del art. 18 CP. Régimen éste que trataba de mantenerse fiel a los postulados básicos de un Derecho penal liberal en materia de incriminación de los actos preparatorios. Pero sin lugar a dudas, la lucha contra el terrorismo parece justificarlo todo, incluso aunque, y no sólo, se haga a costa de aplastar hasta extremos intolerables el derecho fundamental a la libertad de expresión. Ilustra esta naturaleza excepcional, la atribución absoluta y total de competencias a la Audiencia Nacional, que ha devenido en una auténtica *vis atractiva* hasta alcanzar incluso la ejecución de las sentencias en esta materia.

Este es el retrato de nuestras legislaciones actuales, repletas ya de medidas excepcionales para combatir el terrorismo interno, e igualmente válidas para hacerlo frente al nuevo terrorismo internacional. En cualquier caso ya se denunció su mayor valor simbólico que funcional, al estar orientadas más a definir el objeto que a proporcionar instrumentos técnicos para resolver eficazmente el problema (Terradillos Basoco). Esta aseveración nos conduce a la siguiente cuestión, relativa a la función y eficacia del Derecho penal frente al terrorismo.

6. ¿Qué se espera del Derecho Penal? Función y eficacia del Derecho penal frente al terrorismo

El profesor Hassemer ha advertido que durante la época nacional-socialista y del fascismo en Europa, los penalistas sólo discutían de «dogmática», esto es, sobre cuestiones técnicas en torno a la teoría jurídica del delito (concepto general de acción, relación de causalidad, dolo, imprudencia, error, etc), pero no miraban el entorno político y social. Por el contrario, en nuestros días se examinan las leyes penales exclusivamente desde su eficacia, dejando de lado su relación con la Historia y con la sistemática jurídica, y muy en particular en su elaboración desde los presupuestos constitucionales. Si continuamos actuando de este modo, damos la bendición a las legislaciones actuales y a los propagandistas del «nuevo Derecho penal autoritario». Por lo tanto, o la Ciencia del Derecho penal incluye la discusión sobre la política criminal y sus consecuencias, o en caso contrario se tiene que hacer la boba.



Pero este dilema no es una novedad. Históricamente siempre ha existido temor a reconocer cualquier clase de conexión entre Derecho y política. Este temor es patente en las corrientes positivistas radicales. Ciertamente el dilema se ha agudizado en los últimos tiempos, probablemente como consecuencia del deterioro de la función del Derecho en general y del punitivo en particular, propia de los momentos de cambio e incertidumbre como en el que vivimos. Como se ha puesto de relieve, el jurista actual se siente frustrado por la pérdida de contacto con la realidad, pero se ve a la vez abocado a una disyuntiva, porque si acepta la compenetración entre Derecho y política, parece sentirse constreñido a negar la autonomía y el carácter científico a su disciplina. Pero si por el contrario niega la interrelación entre ambos, primando la autonomía y el estatuto científico del Derecho, debe permanecer con los ojos vendados frente a la realidad. De suerte que el precio por la comprensión puede ser la confusión y el miedo a lo desconocido, mientras que el coste de una total autonomía científica puede ser la ceguera (Barcellona).

De esta cuestión ya me ocupé en otro trabajo, siendo suficiente aquí recordar que este debate puede solventarse acudiendo a las ideas de Estado de Derecho, democracia y derechos fundamentales. Así, de una parte el Estado de Derecho con división de poderes suministra la posibilidad de una legitimidad fundada en una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Este tipo de *racionalidad procedimental* constituye la única dimensión posible para asegurar al sistema jurídico un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída al ataque constante de la contingencia. En resumen, podrá hablarse entonces de una racionalización de los procedimientos institucionalizados jurídicamente (Habermas).

Conviene en este punto recordar la célebre frase de Jefferson: «*Todo Gobierno debe tener como único fin la preservación de los derechos del hombre*». ¹¹ De aquí la necesidad de establecer límites a la acción estatal, incluso si su intervención se justifica en aras de un mayor bienestar, de tutelar la libertad o de garantizar la seguridad.

De nuevo subrayo la conveniencia y necesidad de elaborar el Derecho penal desde la idea de democracia. Y por qué democracia. Quizás porque como dijera Radbruch, es la única forma de gobierno apropiada para garantizar el Estado de Derecho. ¹² La democracia es

11. JEFFERSON, T.: *Autobiografía y otros escritos* (trad. A. Escotado y M. Sáez de Heredia), Madrid 1987, p. 507.

simplemente un modo de ejercer el poder estatal, más exactamente la forma de ejercerlo mediante el poder del pueblo. Su núcleo reside en la soberanía popular y en su sentido formal no indica su contenido, sino sólo la forma de tomar decisiones en el ámbito político. La democracia por tanto es ante todo un método para tomar decisiones, y no apunta al *qué*, sino al *cómo* se ejercita el poder (Ross).

Ahora bien, la democracia no es un concepto de clase, sino que únicamente puede definirse respecto de un ideal. Y los ideales democráticos apuntan a su significado, a los valores relacionados con esta forma de gobierno. Es sobradamente conocido que los ideales democráticos se materializan en los derechos fundamentales. Derechos fundamentales que como ha expuesto Vives Antón «*no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático*».¹³

Desde esta perspectiva, los derechos fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. Desde este entendimiento, la democracia aparece como un ingenioso sistema de asignación de poderes, con sus delicados equilibrios y sus medios de control. En su seno, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia, desde la idea de libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. Y sin excepciones; ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho penal de un Estado de Derecho *democrático*

En nuestros días y en nuestras sociedades, muy pocos tienen la honestidad de cuestionar abiertamente el sistema democrático en la lucha antiterrorista. Sin embargo, tras discursos retóricos y huecos de defensa del Estado de Derecho, deslizan propuestas autoritarias, repletas de medidas innecesarias, serios recortes a las libertades individuales, y con restricciones de los derechos y garantías constitucionales. Frente a este discurso taimado e hipócrita, debemos denunciar que

12. RADBRUCH, G.: «Derecho por encima de las leyes y leyes que no son Derecho», en «Derecho injusto y Derecho nulo» (trad. J.M. Rodríguez Paniagua), Madrid s/f., p. 21.

13. Vives Antón, T. S.: «Reforma política y Derecho penal» (*Cuadernos de Política Criminal* 1, 1977, p. 73 y ss; «Estado de Derecho y Derecho penal», en *Comentarios a la ley penal*, tomo I, Madrid 1982, p. 1; y más recientemente en «La reforma del proceso penal» en *La libertad como pretexto*, Valencia (Tirant), 1995, p. 248 y ss.



la democracia, el Estado de Derecho y sus garantías, es una cuestión de grado, dependiente del reconocimiento de los derechos fundamentales, de la precisión de los límites impuestos a los poderes públicos y del grado de efectividad de los controles de este sistema de garantías (Ferrajoli).

Hoy, ante las nuevas amenazas, en particular el terrorismo, se espera mucho del Derecho penal. La cuestión no es si hay que hacer algo, sino *cómo* hay que hacerlo. Desde luego las leyes penales no pueden afrontar toda la compleja trama del terrorismo, pero si puede y debe ser un arma útil. Y ha de serlo, expuesto esquemáticamente, a través de las siguientes estrategias: a) definiendo nítidamente las conductas delictivas en las que se manifiesta y reprimiéndolas adecuadamente; b) contribuyendo a fortalecer los poderes del Estado de Derecho identificando terrorismo con violencia ilegítima; c) proporcionando una normativa eficaz contra la financiación de los grupos terroristas; d) proporcionando unas reglas de investigación y procedimiento que aúnen la eficacia precisa con el respeto al contenido esencial de derechos y garantías fundamentales; e) con medidas penitenciarias que conjuntamente tiendan a asegurar, debilitar e incluso reinsertar a los terroristas; f) facilitando la prevención, que permita adelantarse a sus acciones con la información y la inteligencia aportada por los diferentes servicios de seguridad del Estado. Naturalmente las medidas políticas no las tomo aquí en consideración, si bien su importancia es capital.

Así pues, la misión de la Ciencia del Derecho penal será mediar entre política criminal y Derecho penal. Si todo va bien, la discusión continuará desde aquí. Y yo estoy convencido que va a continuar desde aquí. Porque aunque la Ciencia no puede efectuar la elección última, si puede y debe facilitarla. Quien renuncie a determinar científicamente (racionalmente) los valores de un sistema, renuncia a discernir entre el bien y el mal, y por tanto adopta una pasividad culpable.

La finalidad de estas líneas, expuestas mediante el recurso a plantear cuestiones y ofrecer perspectivas, ha sido mantener firmes los principios básicos del Estado de Derecho. Fuera del seno de este modelo de organización del poder, éste se va convirtiendo en absoluto y el derecho penal es el instrumento clásico para emprender cualquier camino de involución a la barbarie y a la tiranía. Ni el terrorismo ni la simplificación de la idea de seguridad son un pretexto para escapar de nuestro sistema de derechos fundamentales. Hay que defender la democracia frente a los enemigos externos, los terroristas, pero también frente a sus enemigos internos, el fascismo. Por todo ello, acabo diciendo que sólo el Derecho es el futuro de la democracia.

A) BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBRECHT, P. H.: «El Derecho penal en la intervención de la política populista», en *La insoportable situación del Derecho penal*, Granada (Comares) 2000, p. 472.
- ARROYO ZAPATERO, L.: «Terrorismo y Sistema Penal», en *Reforma política y Derecho*, Madrid, 1985.
- ASHCROFT, J.: *FISA Annual Report to Congress*, 27 de abril del 2001; <http://www.fas.org/sgp/news/2001/05/fisa2000.html>;
- ASÚA BATARRITA, A.: «Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la sentencia de 29 de noviembre de la Sala Especial del Tribunal Supremo)», en *La Ley*, nº 5, 1998.
- 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 Lidón*. Universidad de Deusto, Bilbao 2002.
- AULESTIA, K.: *Historia general del terrorismo*, Madrid 2005.
- AYSU: «El terrorismo en Internet», en *Ciencia Policial*, nº 45, 1998.
- BALLESTEROS, M. A.: «Estrategias contra el terrorismo», publicado en el diario *El País* de 24 mayo 2004, p. 23.
- BARATA/SILBERNAGL: «La legislazione dell'emergenza e la cultura garantista nel proceso penale», *Dei delitti e delle pene*, 1983, nº 3, p. 543.
- BARCELONA, P., (con HART y MUCKENBERGER): *La formación del jurista*, (trad. C. Lasarte), Madrid 1977, p. 32 y ss.
- BAEYER KATTE: «Voz terrorismo», en *Marxismo y Democracia*, Tomo sociología 4, Madrid, 1975.
- BERNARDI, A.: «Dissociazione e collaborazione nei delitti con finalità di Terrorismo», *Questione Giustizia* 1982/1.
- BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona (Paidós), 2002
- BERGALLI, R.: «Libertad y seguridad: un equilibrio perdido en la Modernidad», en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia (Tirant), 2004,
- BRICOLA, F.: «Il pentimento del terrorista, il perdono all'evasore e silenzi della Legge n. 646, del 1982», *Politica del Diritto*, dic. 1982, p. 493.
- CAMPO MORENO, J. C.: *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, Madrid 1997.
- CANCIO MELIÁ, M.: «Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después

- de la LO 7/2003», en *Derecho Penal Contemporáneo. Revista Internacional* n.º 3, 2003, p. 31.
- CARBONELL MATEU, J. C.: «Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad», en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, vol. I, Cuenca 2001, p. 129.
- CLARKE, R. A.: *Cómo derrotar a los yihadistas. Un plan de acción*, Madrid 2005.
- CUERDA ARNAU, M. L.: *Atenuación y remisión de la pena en los delitos de terrorismo*, Madrid, 1995.
- CUERDA ARNAU, M. L.: «Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología», en *Boletín de Información*, Ministerio de Justicia e Interior, n.º 1757, Madrid, 1995.
- CUERDA ARNAU, M. L.: «El denominado delito de apología del genocidio. Consideraciones constitucionales», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 56, Madrid, 1999.
- CUERDA ARNAU, M. L.: *Los delitos de atentado y resistencia*, Valencia (Tirant), 2003.
- DEMETRIO CRESPO, E.: «Del Derecho penal liberal al Derecho penal del enemigo», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, n.º 14, 2004, p. 87.
- DESHOWITZ, A. M.: «Why Terrorism Works: understanding the threat, responding to the challenge» (*¿Por qué aumenta el terrorismo?*), trad. G. Rosón), Madrid 2004.
- DÍAZ, E.: «La justificación de la democracia», *Sistema*, n.º 66, Madrid 1985, p. 28.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L.: «Presupuestos de un modelo racional de legislación penal», *Doxa*, 24, 2001, p. 491.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El aumento de la criminalidad y la izquierda», en el diario *El País* de 9 mayo 2002, p. 14.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: «El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana», en *Jueces para la Democracia* 49, marzo 2004
- EBILE NSEFUM, J.: *El delito de terrorismo. Su concepto*, Madrid 1985
- FERRACUTI: «Legislación sobre el arrepentimiento en los delitos terroristas. Un primer análisis de los problemas planteados y de los resultados obtenidos en Italia», en *RFD.UC*, Monográfico 11, 1986.
- FERRAJOLI, L. *La violencia y la política* (trad. P. Andrés), Madrid 1981
- FERRAJOLI, L.: «Emergenza penale e crisi della girsidizione», *Dei delitti e delle pene* 2, 1984, p. 271.
- FIGUEIREDO DIAS: «Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada: el dominio de la organización», en *Delincuencia organizada*, coordinados por Ferré Olivé y Anarte Borralló, Huelva, 1999.

- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A.: *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona, 1977.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A «Asociaciones ilícitas y terroristas», en *Comentarios a la legislación penal*, dirigidos por Cobo del Rosal y coordinados por Bajo Fernández, Tomo II, Madrid, 1983.
- García Rivas, N.: «Motivación a la delación en la legislación antiterrorista: un instrumento de control sobre el disenso político», en *Poder Judicial*, nº 10, marzo, 1984.
- GARCÍA SANPEDRO: *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, 1993
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «Derecho penal y teoría de la democracia», en *Historia y Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Arcadi Gracia Sanz*, Valencia (Tirant) 1995, p. 449. También publicado en *Cuadernos Jurídicos*, 30, 1995
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: «La contrarreforma penal de 2003», *Revista Xuridica Gallega*, julio 2004.
- GUNARATNA, R.: *Threat and Response*, Hardback. Eastern University, 2003-04-01.
- GUNARATNA, R.: *Inside Al Qaeda*. Inbunden. Columbia University Press, 2002-05.
- GUNARATNA, R.: *Global Terror*, Hardback. New York University Press, 2002-08-01.
- GUNARATNA, R.: *The Changing Face of Terrorism*, Paperback. International Specialized Book Services, 2004-06-30.
- GUNARATNA, R.: *International Terrorist Support Networks*, Paperback, C. Hurst&Co (Publishers) Ltd, 2004-12-31.
- GUNARATNA, R.: *Inside Al Qaeda: Global Network of Terror*, Paperback. Berkley Publishig Group, 2003-06-03.
- HABERMAS, J.: *Escritos Sobre Moralidad y Eticidad* (Trad. M. Jiménez Redondo), Barcelona 1991, P. 148-172.
- HASSEMER, W.: «Rasgos del Derecho penal moderno», ADPCP MCMX-CII, I, p. 243.
- HEYMANN, P. B.: *Terrorism, freedom and security*, Cambridge, Ma. 2003.
- HARDMAN, J.: *Encyclopedia of Social Science*, New York 1937
- HOFFMANN, B.: *A mano armada. Historia del terrorismo* (trad Morán), Madrid 1999.
- IGLESIAS RIO, M. A.: «La dudosa legitimación de la figura del delincuente arrepentido-colaborador como medio de investigación criminal», publicado en www.datadiar.com el día 31-01-2005.
- IGNATIEFF, M.: *El mal menor* (trad. M^a. J. Delgado Sánchez), Madrid (Taurus), 2004;
- JAKOBS, G./CANCIO MELIA, M.: «Derecho penal del enemigo», Madrid 2003.

- LAMARCA PÉREZ, C.: *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Madrid 1985.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común», en *ADPCP*, 1989
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Sobre el concepto de terrorismo», en *ADPCP*, 1993.
- LAMARCA PÉREZ, C.: «Análisis de los proyectos en materia de terrorismo», en *Derecho penal, Sociedad y Nuevas Tecnologías*, coordinado por Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, Madrid, 2001.
- LAQUEUR, W.: *A History of Terrorism*, New Jersey 2001 (trad. Al español, «Una historia de terrorismo», Barcelona 2003)
- LAQUEUR, W.: *Why Terrorism will Fall*, 2002 (trad. español, *La guerra sin fin*, Barcelona 2003)
- LEWIS, N. A.: «After Sept. 11, a Little Known Court has a Greater Role,» *New York Times*, 3 de mayo de 2002, <http://www.nytimes.com/2002/05/03/national/03INTE.html>.
- LOSANO, M. G.: *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia (Tirant), 2004, p. 9
- KEANE, J.: *Democracia y sociedad civil* (trad. A. Escotado), Madrid 1992.
- MAQUEDA ABREU, M^a L.: «Políticas de seguridad y Estado de Derecho», en *Serta In Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1287
- MACCORMICK, N.: *Legal right and social democracy*, Oxford 1982
- MENDOZA BUERGO, B.: *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, Madrid (Civitas), 2001
- MESTRE DELGADO, E.: *Terrorismo y Audiencia Nacional*, Madrid 1987.
- MESTRE DELGADO, E.: «Aspectos técnico-jurídicos de la lucha contra el terrorismo en la Europa Occidental. Ponencia presentada al Congreso Internacional sobre Violencia y Criminalidad, Madrid, 1989.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte especial*, Valencia (Tirant) 2004.
- MUÑOZ CONDE, F.: «El nuevo Derecho penal autoritario», en *El Derecho ante la globalización y el terrorismo*, Valencia (Tirant) 2004, p. 161 y ss
- MUSCO, E.: «La premialità nel diritto penale», en *La legislazione premiale*, Milano 1987.
- NAPOLEONI, L.: *Yihad. Cómo se financia el terrorismo en la nueva economía* (trad. A. Jokis y J. A. Bravo), Barcelona 2004
- NAVARRO CARDOSO, F.: «El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad», en *Libro In Memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 2004, p. 1131.
- O'SULLIVAN: «Terrorismo, ideología y democracia», en O'SULLIVAN y otros, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid, 1987.

- ORTS BERENGUER, E. Y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.: *Compendio de Derecho Penal (Parte General y Parte Especial)*, Valencia (Tirant) 2004.
- OTTENHOF: «¿Terrorismo o terrorismos?. Diálogo sobre un singular plural», en *ADPCP*, 1989.
- PÉREZ NUÑO, A. E.: *La seguridad jurídica*, Barcelona (Ariel), 1991.
- PIGNATELLI: «Criminalità organizzata, diritto premiale ed uscita dall'emergenza», *Questione Giustizia* n° 4, 1985.
- PISAPIA, A.: «Terrorismo: delitto político o delitto comune?», *Giustizia Penale* 1975, p. 263.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «Terrorismo de Estado: Los grupos antiterroristas de liberación (GAL)», en *Libro Homenaje al Profesor Marino Barbero Santos*, Cuenca 2001.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «El Derecho penal y procesal del enemigo», en *Jueces para la democracia*, n° 49, marzo de 2004.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «La legislación de lucha contra las no-personas: represión legal del enemigo tras el atentado del 11 de septiembre de 2001», en *Revista Mientras Tanto*, n° 83, 2002
- PRITTWITZ, C.: *Stafrecht and Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main (Klostermann), 1993.
- PRITTWITZ, C.: «Krieg in Frieden?. Grund und Grenzen der Unterscheidbarkeit von Strafrecht und Krieg» (trad. F. Navarro Cardoso: «¿Guerra en tiempos de paz?. Fundamento y límites de la distinción entre Derecho penal y guerra»), *Revista Penal*, 14, 2004, p. 174.
- PRITTWITZ, C.: *Krieg als Stafe-Strafrecht als Krieg*, Festschrift für K. Lünderssen; Baden-Baden 2002.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Adonde va el Derecho penal. Una reflexión sobre las leyes penales y los penalistas españoles*, Madrid 2004.
- RAMONET, I.: *Guerras del siglo XXI*, 2ª edición, Barcelona (Mondadori), 2002.
- RAWLS, J.: «Las libertades fundamentales y su prioridad», en *Libertad, igualdad y Derecho* (trad. G. Valverde Gefael), Barcelona 1988.
- REINARES, F.: *Terrorismo y antiterrorismo*, Barcelona 2001
- REINARES, F.: *State and societal reactions to terrorism*, Oñati 1997.
- REINARES, F.: «¿Qué estrategia tiene el terrorismo internacional?», en el diario *El País*, 8 julio 2005.
- ROSS, A.: *Por qué democracia?*, (trad. R.J. Vermengo), Madrid 1989, p. 24 y ss.
- RUIZ MIGUEL, C.: *Servicios de inteligencia y seguridad del Estado constitucional*, Madrid 2002
- Serrano Piedecabras, J.R.: «Emergencia y crisis del Estado social», Barcelona 1989.

- SILVA SÁNCHEZ, J. M.: *La expansión del Derecho penal*, 2ª edición, Madrid (Civitas) 2000.
- STURM, C.: «Zur Bekämpfung terroristischer Vereinigungen – Ein Beitrag zum Gesetz vom 18 August 1976», en *MDR (Monatsschrift für deutsches Recht.)*, 1977, p. 1.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988.
- TERRADILLOS BASOCO, J.: «El delito de terrorismo en el Proyecto del Código penal», en *Cj*, nº 9, 1993.
- VERCHER NOGUERA, A.: *Antiterrorismo en el Ulster y en el País Vasco*, Barcelona 1991.
- VERCHER NOGUERA, A.: «Terrorismo y reinserción social en España», en *La Ley*, 1994.
- VERCHER NOGUERA, A.: «Terrorismo y reinserción social. Nuevas perspectivas», en *La Ley*, 1996
- VIVES ANTÓN, T. S.: «Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión», en *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al Profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, Valencia, 2001.
- VIVES ANTÓN, T. S.: *La libertad como pretexto*, Valencia (Tirant) 1995)
- VIVES ANTÓN, T. S.: «Principios penales y dogmática penal», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995*, CGPJ, Madrid 1996, p. 39 y ss.
- VIVES ANTÓN/ORTS BERENGUER/CARBONELL/G.CUSSAC/MARTÍNEZ BUJÁN: *Derecho Penal. Parte Especial*, Valencia (Tirant), 2004,.

B) SITIOS EN LA RED

www.fride.org/home/HOME.aspx

www.pupress.princeton.edu/chapters/s7578.html

www.gpoaccess.gov/911/index.html

www.realinstitutoelcano.org/documentos/178.asp

www.policyreview.org/aug04/laqueur.html

www.clubmadrid.org/cmadrid/index.php?id=214

spanish.safe-democracy.org/

opendemocracy.net/debates/sigue-2124.jsp

www.9-11commission.gov/staff_statements/index.htm



www.un.org/issues/docs/d-terror.asp

[www.webislam.com/numeros/2004/25 | noticias/debate](http://www.webislam.com/numeros/2004/25%20noticias/debate)

website: <http://www.idss.edu.sg>