

El “terrorista” ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural

JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN*

Resumen

En la historia moderna de la civilización occidental, el término “terrorismo” ha sido utilizado sin escrúpulos, haciéndolo bastante vago y difuso. En contraposición, se propone un concepto –cercano al de partiano de Carl Schmitt- más concreto y objetivo que el utilizado por los gobiernos y por los medios. También se propone que no se dé un trato excepcional a los delitos llevados a cabo por fuerzas subversivas armadas porque sus actos no son diferentes a los delitos comunes aunque los Estados modernos suelen asignarles una tipificación especial, para utilizar el llamado Derecho Penal del Enemigo en la normalización de las poblaciones. Finalmente, se sugiere un ambiente de diálogo y tolerancia para legitimar un verdadero uso excepcional del Derecho Penal sobre el terrorismo.

Abstract

In the modern history of Western Civilisation, the term “terrorism” has been used without the appropriate care, making it a very vague and diffuse one. On the other hand, a more precise concept –which is similar to the partisan described by Carl Schmitt- is proposed than the one used by the media and the governments. And also is offered a non special treatment to the acts executed by subversive armed forces because their acts are no different to common felonies and States frequently give them a special characteristic to use the «Enemy’s Criminal Law» to normalise populations. Finally to legitimate an exceptional use of Criminal Law over terrorism and environment of dialogue and tolerance is suggested.

* Catedrático de Derecho penal. Universidad de Oviedo, España.

Palabras Clave

Derecho Penal de Enemigo, terrorismo, política criminal, subversión, partisano, guerra, normalización.

Key Words

Enemy's Criminal Law, terrorism, criminal law politics, subversion, partisan, war, normalisation.

Sumario

A. El "terrorismo" como piedra de toque de una política criminal crítica. B. Terminología. C. Retórica y realidad. D. El partisano. E. El "terrorista" como combatiente político. F. "Terrorismo" y conflicto armado. G. Concepto estricto de terrorismo. H. La descomposición del concepto usual de "terrorismo". I. Subversión armada y delitos sin contenido político. J. Subversión armada y protección de la seguridad. K. Subversión armada y violencia. L. La subversión armada como delito político. M. Políticas antiterroristas, normalización de poblaciones y responsabilidad individual. N. Subversión armada y legitimidad del sistema político. O. Subversión armada y liberalismo político: ¿"Derecho Penal del enemigo"? P. Subversión armada y estabilidad del sistema político. Q. Subversión armada e identidades políticas. R. ¿Es legítimo proteger la identidad política propia? S. La identidad política interculturalmente aceptable como objeto de protección. T. Conclusión: ámbito legítimo de intervención para los delitos de subversión armada. U. Consecuencias para la crítica del Derecho positivo. V. Represión penal de la subversión armada y legitimidad de las identidades políticas: el derecho de resistencia. W. Entre la guerra y el Derecho Penal. X. Subversión armada y lesión de los bienes jurídicos individuales.

A. El "terrorismo" como piedra de toque de una política criminal crítica

El problema del tratamiento jurídico-penal del conjunto de fenómenos que se ha dado en etiquetar bajo el término "terrorismo" (tanto por parte de quienes en los Estados contemporáneos diseñan políticas y legislan, como por parte de aquellos organismos supranacionales –unos formales y otros informales- que establecen las tendencias políticas y legislativas hegemónicas que luego son seguidas, con más o menos fidelidad, por la mayoría de los Estados) puede ser abordado –y, de hecho, lo es- en diversos niveles de abstracción: se pueden discutir prácticas militares, policiales, administrativas o judiciales específicas (criticar Guantánamo, la práctica de la tortura por parte de la policía española, la ilegalización de ciertos partidos políticos, o recientes sentencias de la Audiencia Nacional); se puede discutir la legislación (el

delito de enaltecimiento del terrorismo de nuestro Código Penal, por ejemplo)¹; o se pueden discutir las políticas criminales globales que subyacen a unas y a otras.

En esta ponencia se aborda el tema desde esta última perspectiva, la de la política criminal subyacente. Conviene advertir, no obstante, que también esta perspectiva está abierta a varios enfoques posibles. Uno de ellos es el de la eficacia: el de la medida en la que las políticas criminales efectivamente puestas en práctica resultan o no óptimas, desde el punto de vista instrumental, para alcanzar los objetivos (represivos) perseguidos.

No es éste el enfoque que yo adoptaré principalmente aquí. Por el contrario, me parece que la naturaleza misma del tema objeto de reflexión nos conduce casi obligadamente a plantearnos de un modo radical —yendo, pues, a la raíz del asunto— cuestiones de naturaleza política y moral (que también forman parte necesaria de cualquier política criminal que no sea puramente tecnocrática). En efecto, el concepto mismo de “terrorismo”, tan discutible, y sus innegables vínculos con diversos discursos morales y políticos, tanto favorables como desfavorables, que se hacen presentes en toda discusión acerca de la explicación, de la justificación o de la reacción que el fenómeno merece, son todos factores que obligan, creo yo, a profundizar en la vertiente más moral y política del análisis político-criminal: en la discusión acerca del sentido mismo de la conceptualización y tratamiento diferenciado del “terrorismo” como fenómeno, así como acerca de la legitimidad de dicho tratamiento. En concreto, creo que es preciso profundizar —y tal será, de hecho, mi perspectiva principal de análisis— en los hondos interrogantes que el concepto de “terrorismo” suscita acerca de la lesividad de las conductas que bajo el mismo suelen englobarse.

De hecho, mi tesis es que, en el plano teórico, deberíamos ir más allá de la crítica fácil a las prácticas abusivas, a las legislaciones excesivamente extensivas y/o ineficaces y a las políticas criminales autoritarias, para profundizar en el sentido último de los dispositivos políticos que la construcción del hecho social del “terrorismo” permite activar. Expresado en ejemplos: es fácil criticar Guantánamo, la incomunicación de acusados de terrorismo en la legislación española que facilita la tortura o el discurso de Jakobs acerca del “Derecho Penal del enemigo”. Hay que hacerlo, sin duda, hay que criticar todo esto. Pero me parece que, más que criticarlo teóricamente, ya que la crítica es sencilla, lo que hay que hacer es movilizarse —prácticamente, políticamente— contra los abusos graves de derechos humanos, contra las políticas criminales autoritarias y contra los discursos que los disculpan o justifican. Si, por contra, hablamos de teoría, me parece que deberíamos buscarnos blancos menos fáciles. Deberíamos, en concreto,

1 La mejor crítica de conjunto del Derecho Penal español en la materia (aunque no entre a discutir las opciones político-criminales de fondo) es, hoy, la del Grupo de Estudios de Política Criminal, “Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo”, disponible en http://www.gepc.es/docs/Propuesta_alternativa_sobre_terrorismo.doc

afrontar el hecho de que tantos que critican –con razón- a Jakobs, luego, justifican legislaciones antiterroristas que no son menos autoritarias que aquellas que el discurso de Jakobs podría, eventualmente, llegar a justificar². Y que, por consiguiente, no hace falta ser un fervoroso creyente en el discurso del "Derecho Penal del Enemigo" para defender dichas políticas.

Cuando uno se enfrenta a este hecho, a la tranquilidad con la que sedicentes liberales fervorosos –no todos, por supuesto- vienen justificando desde los inicios del Estado liberal, bajo la coartada del "terrorismo" (de la "defensa de la libertad"), gravísimas medidas de restricción de los derechos fundamentales, acciones militares injustificables a la luz del Derecho Internacional, prácticas policiales contrarias a los derechos humanos... En suma, todo aquello que va en contra de cuanto el liberalismo dice defender (y, de hecho, en otros ámbitos defiende)³, y cuando, sobre todo, los esfuerzos de justificación aparecen prácticamente siempre cortados por el mismo patrón, uno tiende a sospechar que, en materia de "terrorismo", hay algo más que abusos, excesos o políticas discutibles. Que el pecado es original, que anida en las entrañas del pensamiento liberal mismo. Y que, por consiguiente, sólo puede ser rebasado revisando y superando algunas aporías de ese mismo pensamiento liberal. Tal es, en efecto, la hipótesis que intentaré explorar: que tanto la teoría política como la racionalidad gubernamental liberales conllevan necesariamente determinadas vaguedades y contradicciones por lo que se refiere a la función del Derecho Penal y del delito en el control de la desviación social; y, más en concreto, tanto en la relación (¿de exclusión o de superposición?) entre Derecho Penal (delito) y guerra, como en el nivel de respeto a la diversidad cultural por parte del Derecho. Y que ello es lo que facilita la aparición de "discursos político-criminales antiterroristas"⁴ que se separan en buena medida de los discursos político-criminales comunes (y, en concreto, de las

2 No hace falta decir, por ejemplo, que las reformas penales en la materia no vienen siendo elaboradas principalmente por admiradores fervorosos de Jakobs, sino, muchas veces, por quienes le critican acerbamente.

3 Ejemplos los hay por docenas: el S.P.D. alemán defendiendo la "legislación anti-radicales" en la Alemania de los años 70, un gobierno del P.S.O.E. amparando y promoviendo grupos armados parapoliciales, el ejército británico cometiendo (tanto bajo gobiernos conservadores como bajo gobiernos laboristas) graves violaciones de derechos humanos en el Ulster, los Estados Unidos (no sólo los del gobierno de G. W. Bush) deteniendo arbitrariamente en el extranjero a sospechosos de "terrorismo"...

4 Más aún: facilita también que el régimen cuasi-bélico de tratamiento jurídico del "terrorismo" resulte, potencialmente, extensible a otros fenómenos de desviación social: vid., al respecto, clarividente, MICHEL FOUCAULT, *Hay que defender la sociedad*, Madrid, Akal, 2003. pp. 43 y ss., destacando la proximidad existente entre Derecho Penal y guerra (tan ignorada u ocultada en el pensamiento liberal). Así, hoy la lógica antiterrorista, "bélica", se pretende extender a la represión del tráfico de drogas (recuérdese el *Plan Colombia* y la inminente *Iniciativa Mérida*), de la inmigración sin documentos (FRONTEX...) y (al menos, como retórica, aunque no necesariamente se quede sólo en tal) de conductas sexuales consideradas desviadas (relaciones sexuales con menores, pornografía de menores,...), de la pequeña delincuencia patrimonial (la "*guerra contra la delincuencia, por la seguridad ciudadana*"), etc.

exigencias inherentes a los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad)⁵.

B. Terminología

Como se recordará, el filósofo alemán Edmund Husserl exigía que el pensamiento se volviera “hacia las cosas mismas”. Yo, aquí, al comenzar mi análisis, voy a reclamar precisamente lo mismo. No, por supuesto, para proclamar ningún primado de la intuición fenomenológica, sino (traicionando completamente a Husserl, pero, al mismo tiempo, haciendo mías su divisa y su preocupación) para exigir que, al hablar del “terrorismo”, hablemos ante todo de la realidad, con un lenguaje que preserve su función denotativa y que, por lo tanto, no sea puramente connotativo, expresivo y/o conativo. Pues, en efecto, ocurre en este ámbito –aunque, desde luego, no es el único en el terreno político- que con mucha frecuencia los océanos de palabras y de palabrería hacen imposible saber de qué estamos hablando. Y ello, hasta el punto de que damos por existentes realidades solamente porque una palabra ha sido acuñada (o empezada a usar) para ellas: “terrorismo callejero”. Y hasta el punto de que sólo nos extrañamos, no si el lenguaje se separa del uso común (por estar ya habituados a ello), sino únicamente si se separa del uso propagandístico usual, preponderante, en la materia, que es lo único que vemos como un “abuso”: cuando se llama “terrorista” –“terrorismo machista”- al responsable de violencia doméstica, por ejemplo.

Comencemos, entonces, por un poco de historia del término mismo. Parece confirmado que los términos “terrorismo” y “terrorista” aparecen por primera vez en el léxico político occidental para hacer referencia, por parte de sus adversarios, a las prácticas de represión política llevadas a cabo por el gobierno de la Convención jacobina y por su Comité de Salud Pública, liderado por Robespierre, durante los años 1793 y 1794: terrorismo sería la “doctrina de los partidarios del Terror”⁶, con un sentido similar a nuestra actual expresión “terrorismo de Estado”. Con posterioridad, el significado de tales términos se altera significativamente, para pasar a ser empleados, ya a partir de la segunda mitad del siglo XIX, para calificar –también por parte de sus adversarios- las acciones armadas (y las doctrinas que las justifican) realizadas

5 Naturalmente, no se quiere decir que sea éste el único caso en el que el sedicente Derecho Penal liberal se distancia de aquellos principios político-criminales que, en principio, deberían gobernarlo y limitarlo, puesto que es evidente, mirando alrededor, que son muchos otros los casos en los que ello ocurre. Pretendo, pues, tan sólo poner de manifiesto las características peculiares de un específico fenómeno de desviación, en materia de Derecho Penal político, cual es el del tratamiento jurídico-penal del “terrorismo”, fenómeno que, como todos sabemos, parece poseer un futuro verdaderamente “prometedor”.

6 *Trésor de la langue française*, <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/affart.exe?19;s=484702215;b=0>.

contra representantes de los poderes de la sociedad burguesa (empresarios, políticos, militares, policías) por parte de individuos o pequeños grupos, generalmente de filiación política anarquista, o por parte de individuos o pequeños grupos que luchaban contra la autocracia rusa ("populistas", "nihilistas"). Ya con este mismo significado, ha sido utilizado con posterioridad por las fuerzas de ocupación alemanas, durante la Segunda Guerra Mundial, para calificar a los movimientos de resistencia contra dicha ocupación; por los gobiernos coloniales para referirse a los movimientos de liberación nacional; y, en fin, por cada vez más Estados (hoy, prácticamente por todos, dada la creciente presión en este sentido tanto de las Naciones Unidas como de los Estados Unidos de América)⁷ para aludir a acciones armadas realizadas con finalidad política (en sentido amplio), generalmente —aunque no siempre— por grupos organizados, siempre no estatales⁸.

Dos observaciones haré tan sólo acerca de esta evolución semántica de los términos "*terrorismo*" y "*terrorista*". La primera es que, como es natural, la evolución no es inocente, sino que responde a un determinado estado de hegemonía ideológica, que se refleja en la lengua⁹: que un término que empezó siendo sinónimo de nuestro actual concepto de "terrorismo de Estado" se haya convertido en algo que se refiere ya prácticamente sólo a grupos no estatales (en el Derecho positivo es evidente) refleja una determinada visión (ideológica) de qué violencia es legítima y cuál no, qué fines políticos pueden ser perseguidos y cuáles están siempre prohibidos.

La segunda observación consiste en llamar la atención sobre el hecho —que, como luego intentaré argumentar, no considero baladí— de que, ya desde sus orígenes (los proto-liberales —gironinos, thermidorianos— frente a los jacobinos), tales términos hayan sido empleados casi siempre por ideólogos liberales para calificar y descalificar a grupos políticos y corrientes de pensamiento que sentían como adversas¹⁰.

7 Cfr., por ejemplo, FERNANDA BALATTI, "El terrorismo según Argentina", en *Le Monde Diplomatique en español*, N° 153, octubre, 2008, p. 19.

8 Resulta paradigmática, por ejemplo, la definición del Título 22 del United States Code, Capítulo 38, Sección 2656f(d): "*The term "terrorism" means premeditated, politically motivated violence perpetrated against non-combatant targets by subnational groups or clandestine agents, usually intended to influence an audience. (For purposes of this definition, the term "noncombatant" is interpreted to include, in addition to civilians, military personnel who at the time of the incident are unarmed or not on duty. (...) We also consider as acts of terrorism attacks on military installations or on armed military personnel when a state of military hostilities does not exist at the site (...)).*"

9 Son muchos los estudios al respecto, especialmente en el campo del lenguaje político. Señalaré solamente cuatro, especialmente significativos (en mi opinión): el fundacional de VALENTIN N. VOLOSHINOV, *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, Alianza Editorial, (1929), 1992; el de WILLIAM E. CONNOLLY, *The Augustinian Imperative*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1993; el de JUDITH BUTLER, *Lenguaje, poder e identidad*, Madrid, Síntesis, 2004; y el de ERNESTO LACLAU y CHANTAL MOUFFE, *Hegemonía y estrategia socialista*, 2ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, reimpresión 2006, pp. 129 y ss.

10 Contra lo que se podría pensar, el caso de la Alemania de la segunda guerra mundial tampoco desmiente la tesis, puesto que, con independencia de la naturaleza de su régimen político, se limitaba a aplicar

C. Retórica y realidad

Hasta aquí, las definiciones. Más tarde volveré sobre ellas. Pero, por el momento, permítaseme que intente huir de las palabras (o, más bien, de su abuso) para volver a la realidad, si es que el denso cortinaje de palabras que en esta materia nos rodea lo tolera. Y, para volver a la realidad, quizá el primer paso es constatar que, en relación con el “terrorismo” y con el “antiterrorismo”, parece tan importante la retórica como lo son los hechos empíricamente verificables. O que quizá parezca incluso que aquella es aún más importante que éstos. En efecto, en apariencia al menos, “terroristas” y “luchadores antiterroristas” pretenden estar actuando ante todo en el plano de la comunicación y de lo simbólico, de cara al público: su preocupación principal parecería ser la de transmitir mensajes y la de luchar para que los mensajes del adversario no sean escuchados, o no lo sean con la suficiente benevolencia, por un determinado auditorio, real o meramente virtual. Es por esto por lo que las primeras percepciones acerca de los hechos que subyacen al término “terrorismo” evocan siempre los conceptos de retórica, de lo novelesco y de dramatización¹¹:

— Retórica, por cuanto un conjunto de proposiciones acerca de la realidad pretenden persuadir ante todo por el efecto estético de su conjunción y de la forma en la que son presentadas, antes que por su contenido mismo: el 11-S como “obra de arte”, como tan deslenguada y maleducada, pero tan lúcidamente, calificó Karl-Heinz Stockhausen¹².

— Lo novelesco, en su acepción de “*exaltado, sentimental, soñador, dado a lo ideal o fantástico*”, porque tanto “terroristas” como “luchadores antiterroristas” trenzan imaginativas —aunque un tanto paranoides¹³— tramas e historias (con su narrador omnisciente, sus personajes, sus villanos, sus héroes, sus traidores, sus hazañas, sus fracasos que superar, su futuro desenlace, sin duda feliz) que pretenden

el mismo discurso —y muchas de las prácticas— que las potencias coloniales (todas ellas, en mayor o menor medida, sedicentes liberales) venían empleando frente a los movimientos de liberación y de resistencia en las colonias. Es decir, no se comportaba en esto (sí, por supuesto, en otros aspectos: persecución de los judíos, por ejemplo) tanto como un régimen fascista cuanto como una potencia ocupante, cuasi-colonial.

- 11 Cfr. JOSEBA ZULAIKA y WILLIAM A. DOUGLASS, *Terror and Taboo. The Follies, Fables and Faces of Terrorism*, New York, Routledge, 1996, pp. 3 y ss.
- 12 En la misma línea, JEAN BAUDRILLARD, *Power Inferno*, Madrid, Arena, 2003; Id., *Cultura y simulacro*, 8ª ed., Barcelona, Kairós, 2007, pp 155 y ss.; RETORT, *Afflicted Powers: Capital and Spectacle in a New Age of War*, London, Verso, 2005; JULIAN STALLBRASS, “Espectáculo y terror”, en *New Left Review*, N° 37, 2006; SŁAWOJ ZIZEK, *Bienvenidos al desierto de lo real*, 2ª ed., Madrid, Akal, 2008, pp. 13-24, 31 y ss.
- 13 RICHARD HOFSTADTER, “The Paranoid Style in American Politics”, en *Harper’s Magazine*, disponible en http://karws.gso.uri.edu/jfk/conspiracy_theory/the_paranoid_mentality/the_paranoid_style.html, 1964, pp. 77 y ss.

apoyar –retóricamente- sus afirmaciones más objetivas¹⁴. Nacen, así, historias¹⁵, a veces basadas en más hechos empíricamente verificables (la represión franquista del hecho cultural vasco, el imperialismo occidental en los países árabes, el sufrimiento de las víctimas de los atentados...) y a veces en muy pocos (Al-Qaeda, la conspiración occidental para acabar con la fe islámica, la opresión del pueblo vasco, la cooperación entre E.T.A. y las F.A.R.C. para cometer un atentado en Madrid... y tantas otras). Son todas ellas, claro está, historias que, como la mala literatura, siempre son concebidas como historias de buenos y de malos, historias profundamente moralistas, en las que se pretende que, al final, "triumfará la virtud"; esto es, el propio bando¹⁶. Y son, por fin, historias que prácticamente siempre resultan ser, además de narraciones, auténticas alegorías etnográficas¹⁷, que subrepticamente, al tiempo que nos narran su historia, están presentando siempre también una representación de ese Otro distinto de Nosotros –así, con mayúsculas- a quien combatimos (con razón, por supuesto) porque es más primitivo y, por ello, moralmente peor¹⁸.

Si alguien desea saber de qué estoy hablando, le sugiero que haga un recorrido por lo que la literatura (la "alta literatura", la literatura con pretensiones artísticas... qué no podría decir, entonces, de la literatura más popular, de los comics o del cine, más directamente influenciado por los aparatos ideológicos de los grupos sociales dominantes) ha tenido que decir hasta hoy sobre el "terrorismo". A cualquiera que sea capaz de acercarse a ella desde una perspectiva mínimamente distanciada habrá de sorprenderle, como a mí me ha sorprendido (aunque no tanto, si uno, luego, se para a pensar acerca de cuál es el origen social mayoritario de quienes hacen literatura), la imposibilidad, que parecería genética, de los literatos occidentales, para presentar a un "terrorista normal": a alguien que tiene unas ideas que entiende justas y que lucha por ellas, utilizando para ello ciertos medios que considera instrumentalmente idóneos y, además, moralmente legítimos. Y, menos aún, para presentar las ideas de los "terroristas" como unas ideas inteligibles, que resulte concebible que puedan ser aceptadas por alguien (por alguien "normal"). Esta forma de presentación de los personajes, que es, sin embargo, tan frecuente en la novela de temática criminal respecto de los más encallecidos o crueles delincuentes (piénsese, por ejemplo, en

14 DON DELILLO, "In the ruins of the future", en *The Guardian*, 22 de diciembre, 2001.

15 SVEN LÜTTICKEN, "Suspense... y sorpresa", en *New Left Review*, Nº 40, 2006; Ian Ward, "Towards a Poethics of Terror", en *Law, Culture and the Humanities*, Nº 4, 2008.

16 TED HONDERICH, *Terrorism for Humanity*, London – Sterling, Pluto Press, 2003, pp. 192 y ss. expone –en mi opinión, lúcidamente- lo inadecuado de la respuesta moralista en este caso.

17 Estoy empleando el concepto de JAMES CLIFFORD, "Sobre la alegoría etnográfica", en *Retóricas de la Antropología*, Barcelona, Júcar, 1991.

18 ELLA SOHAT y ROBERT STAM, *Multiculturalismo, cine y medios de comunicación*, Barcelona, Paidós, 2002; JAQUES DERRIDA, *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, Madrid, Trotta, 2005, pp. 85 y ss.

el compasivo y humano retrato que William Faulkner trazó de un psicópata sexual en *Santuario*), parece imposible en el caso de los “terroristas”. Por el contrario, casi todos los “terroristas” de las novelas occidentales parecen ser bien personajes con problemas psicológicos, bien personajes ridículos, bien personajes con problemas de conciencia, o bien meros espejos, sin demasiada sustancia propia, sobre los que los personajes “normales” se proyectan¹⁹. Lo cual, me parece, resulta más revelador acerca de la visión del Otro que el occidental tiene que sobre la auténtica realidad de los hechos sociales que se esconden tras la etiqueta de “terrorismo”²⁰.

— Por último, la dramatización parece connatural a la forma en la que se presenta públicamente cualquier fenómeno de “terrorismo” y “antiterrorismo”²¹: dos personajes principales, fantasmales (el Estado y E.T.A., Occidente y Al-Qaeda, ...), que encarnan a “*las Causas*”, auxiliados por mortales (militares, policías y miembros de comandos, políticos y periodistas...) encargados de materializar su voluntad, se enfrentan en un diálogo imposible, ante un coro, ante un público, que —se supone— ha de dar su veredicto. Y, entonces, a cada mensaje emitido por una de las partes la otra ha de responder con su réplica, que a su vez será duplicada por la primera, y reduplicada por la segunda... y así, si nadie lo remedia, hasta el infinito. Piénsese, por ejemplo (se trata de un caso paradigmático), en el siniestro “diálogo” -con muertos y, en general, violaciones de derechos humanos de por medio- en el que el Estado español y E.T.A. vienen enzarzados desde, al menos, los años 70 del pasado siglo: cada uno se siente

19 Me estoy refiriendo a: FIODOR DOSTOYEVSKI, *Los demonios*, Madrid, Alianza Editorial, (1872) 2000, reimpresiones, (2006) 2007; ALBERT CAMUS, *Los justos*, Madrid, Alianza Editorial, 1949, 1982, reimpresión 1999, constituye una excepción, bien que solamente parcial, al concentrarse en cuestiones morales, antes que propiamente políticas. Y aunque sin duda hay aún alguna obra más que no he leído, no creo que ello cambie el panorama global. En general, MARGARET SCANLAN, *Plotting Terror*, Charlottesville - London, Univer, 2007; ROBERT LOUIS STEVENSON, *El dinamitero*, Madrid, Alianza Editorial, (1875), 2008; HENRY JAMES, *La princesa Casamassima*, Madrid, Alianza Editorial, 1999; PÍO BAROJA, *Aurora roja*, Madrid, Alianza Editorial, (1905) 2005; JOSEPH CONRAD, *El agente secreto*, Madrid, Cátedra, (1907) 1995; Id., “*Bajo la mirada de Occidente*”, Madrid, Alianza Editorial, (1911) 2006; GRAHAM GREENE, *El cónsul honorario*, Barcelona, Edhasa, (1973) 2007; DORIS LESSING, *La buena terrorista*, Madrid, Punto de Lectura, (1983) 2007; DON DELILLO, *Mao II*, Seix Barral, (1991) 2008.; Id., *El hombre del salto*, Barcelona, Seix-Barral, 2007; J.M. COETZEE, *El maestro de Petersburgo*, Barcelona, DeBolsillo, (1994) 2007; JOHN UPDIKE, *Terrorista*, Barcelona, Tusqsity Press of Virginia, 2001; ALEX HOVEN, “Terrorism and Modern Literature”, Oxford, Oxford University Press, 2002; FRANS VAN DER BROEK, “Terrorismo y literatura”, en *Claves de Razón Práctica*, N° 166, 2006.

20 ¿Será casualidad que la representación artística más positiva de un “terrorista” que he podido hallar —hasta ahora, al menos—, la de la novela gráfica *V de vendetta* (ALAN MOORE y DAVID LLOYD, *V de vendetta*, Barcelona, Norma, 1989), nos presente a un individuo enmascarado y, por ello, antes un símbolo (presentado, además, con unos tintes algo románticos) que un personaje plenamente humano e inteligible?

21 JACQUES DERRIDA, “Autoinmunidad: suicidios simbólicos y reales. Diálogo con Jacques Derrida”, en *La filosofía en una época de terror*, Madrid, Taurus, 2003, pp 133-134, destaca la aparente necesidad ineludible de rememorar constantemente el acontecimiento “terrorista”, dramatizándolo cada vez.

obligado a responder a cada acción de la otra parte, nada puede ni debe quedar sin respuesta, pues –se supone- el público está escuchando, impaciente.

Todo lo anterior, ese (aparente) predominio de la comunicación y de lo simbólico, forma parte de la *communis opinio* de los expertos –o sedicentes expertos- sobre "terrorismo"²², a partir de la cual se desarrollan teorías explicativas y estrategias políticas, jurídicas y policiales de acción. Y, sin embargo, algo, me parece, no encaja en el cuadro presentado. O, por mejor decir, algo –mucho, en realidad- falta en él, por más que resulte políticamente incómodo. Pues, al igual que muchos objetamos a quienes defienden teorías puramente comunicativas acerca de los fines y de la justificación de las penas (*à la Hegel*, para entendernos) y les preguntamos: "si se trata tan sólo de comunicarse con el delincuente, de transmitirle un mensaje, ¿para qué hay que matarle, azotarle, encerrarle o quitarle su patrimonio?" (...) también ahora podemos preguntarnos: si de lo que se trata es de convencer a un determinado auditorio de la bondad de una causa y de la maldad de la ajena, ¿se logra eso mejor matando, torturando, tomando rehenes, poniendo bombas, encarcelando o haciendo "desaparecer" a personas? Cabe dudarlo (como cabe dudar de que la mejor forma de transmitir un mensaje moral a un delincuente sea encerrarle cuarenta años en una prisión (...)) que es una de las razones por las que dichas teorías de la pena no resultan convincentes): cabe dudar, pues, de que esa faceta retórica y simbólica de la cuestión permita explicar completamente el fenómeno, ni, sobre todo, tampoco discutir acerca de las políticas criminales más convenientes para abordarlo. Pues, en efecto, si el "terrorismo" (y el "antiterrorismo") se comunican, ello no constituye, desde luego, un fin en sí mismo, sino tan sólo un medio para otro fin, que parece ser tomar –en alguna medida- el poder, mediante una atención instrumentalmente adecuada (o así lo entienden los actores) a los componentes comunicativos de la política. Así pues, la comunicación es el medio, nunca el fin²³.

D. El partiano

Es importante, en este sentido, me parece, que seamos capaces de concentrarnos en lo que aquí nos interesa: que no es tanto explicar, en términos positivistas, las razones por las que ciertos individuos y grupos recurren a realizar acciones "terroristas", ni tampoco las causas por las que tales actuaciones producen ciertas repercusiones psicosociales (miedo, repugnancia, etc.) en algunos sectores de la sociedad en la que actúan. Sino, más bien, evaluar críticamente la función política (puesto que,

22 Por todos, CHARLES TOWNSHEND, *Terrorismo. Una breve introducción*, Madrid, Alianza Editorial, 2008 pp 21-35.

23 RICHARD W. LEEMAN, *The Rethoric of Terrorism and Counterterrorism*, Westport, Greenwood Press, 1991.

evidentemente, de política estamos hablando) que el “terrorismo” cumple en nuestras sociedades y, consiguientemente, qué políticas públicas (políticas criminales) resultan adecuadas para abordarlo, y cuáles no.

Para ello, aunque no debemos olvidarnos por completo de la faceta retórica y simbólica mencionada, conviene, no obstante, que continuemos descendiendo hacia la realidad, pues sólo hablando acerca de la realidad (si se quiere: sólo elaborando discursos lo más apegados que sea posible a hechos empíricamente verificables) podremos construir políticas criminales máximamente racionales.

Y, si se trata de hablar acerca de la realidad (política) del “terrorismo”, yo no he hallado un acompañante mejor en este descenso que uno de los mejores teóricos de la política de todos los tiempos, Carl Schmitt²⁴. Un teórico que ha puesto de manifiesto, en mi opinión, mejor que ningún otro, tanto en la derecha como en la izquierda, algunas de las principales vaguedades y contradicciones de la teoría política y de la racionalidad gubernamental liberales, a las que me refería al comienzo de mi exposición. Y lo ha hecho sin dejarse arrastrar por la retórica moralista, un tanto angélica, y alejada de la realidad social e histórica, a la que tan aficionados son —uno no sabe si por ignorancia, por cinismo o como mero ejercicio de *wishful thinking*- los teóricos políticos liberales (aun los mejores), pero también la mayoría de los teóricos políticos de izquierdas y casi todos los reaccionarios.

Carl Schmitt, como es bien sabido, elaboró el concepto de “lo político” sobre la base —en mi opinión, muy adecuada- de la distinción y de la dialéctica amigo/enemigo²⁵, dado que, como más modernamente ha puesto de manifiesto, por ejemplo, Jacques Rancière, la política, en su raíz (en aquella parte que no es pura administración), conlleva necesariamente un disenso, la determinación de un soberano y la configuración constituyente del propio espacio de la política, en ruptura con la lógica de “lo natural”, de “lo social”²⁶. Es decir, política es conflicto, para la decisión y para la producción constituyente del espacio político mismo²⁷.

En todo caso, aquí y ahora nos interesa más concretamente esa suerte de continuación y de actualización de su libro sobre el concepto de “lo político” que es

24 Algo similar hace, por ejemplo, MICHAEL PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht*, München, Beck, 2008, pp. 7 y ss., aunque luego sus conclusiones sean bastante diferentes de las que aquí yo extraigo.

25 CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza Editorial, (1932) 2002, pp. 56 y ss.

26 JACQUES RANCIÈRE, *El desacuerdo*, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996, pp. 41, 94, 102, 126, 127; *Id.*, *Aux bords du politique*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 223 y ss.

27 Por supuesto, este concepto de lo político puede ser interpretado, y de hecho lo ha sido, de diversas maneras, no necesariamente del modo, conservador, autoritario y belicista en que lo hizo el propio Schmitt: vid., al respecto (además de la obra del propio Rancière), OTTO KIRCHHEIMER, *Politik und Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1964; ANTONIO NEGRI, *El poder constituyente*, Madrid, Libertarias, Prodhufi, 1994; ANTONIO NEGRI y MICHAEL HARDT, *El trabajo de Dionisos*, Madrid, Akal, 2003, pp. 87 y ss.; PAOLO VIRNO, *Virtuosismo y revolución*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

su *Teoría del partisano* (que ha de ser complementada, para lo que a nosotros nos importa, por otra obra suya, *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*). A lo largo de ambas obras –pero, sobre todo, de la primera– Carl Schmitt se esfuerza por caracterizar la realidad política contemporánea (escribe en los años 50 y 60 del siglo pasado, pensando por ello ante todo en el enfrentamiento entre liberalismo y comunismo, pero bien podemos trasladar su análisis a la situación presente) en su fondo radical, constituyente²⁸. Y lo hace acudiendo a la figura paradigmática del partisano. El partisano, según Schmitt, es aquel sujeto político que asume la enemistad política como una enemistad absoluta, puesto que pretende destruir el espacio político constituyente realmente existente y sustituirlo por otro diferente²⁹. Así, el partisano niega la *res publica* imperante, creando espacios que la desautorizan en tanto tal³⁰. Pero, a diferencia de la mera organización criminal (que también tiende, potencialmente al menos, a crear espacios que desautorizan a la *res publica*: la mafia, por ejemplo), el partisano sigue buscando su legitimidad en el ámbito de lo político (sólo que en un "otro" espacio público)³¹. En todo caso, con la figura del partisano, dice Schmitt, la lucha política recobra plenamente su carácter agónico y sin reglas³² (en el extremo, hasta el punto de llegar al exterminio del enemigo político)³³. Carácter que sólo durante un corto espacio de tiempo histórico, el del pleno desarrollo de los Estados europeos, cada uno con su soberano (casi siempre personal y autocrático), de la institucionalización del Derecho de Gentes que acompañó a dicho desarrollo y de los conflictos entre Estados regidos por dicho Derecho, pareció que podía –ilusoriamente, como se comprueba ahora– desaparecer o, al menos, ser acotada, sustituyéndose la "guerra civil" (la lucha política agonística) por enfrentamientos reglados entre Estados en los que no estaba en juego lo principal, la existencia³⁴.

28 Por supuesto, puesto que de política -y no, o no necesariamente, de Derecho- estamos hablando, me refiero aquí a la "constitución material" de la comunidad política, con independencia de cuál sea su plasmación jurídica efectiva: FERDINAND LASSALLE, *¿Qué es una constitución?*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, (1862) 2002.

29 CARL SCHMITT, *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966, pp. 45, 72-75, 83.

30 Ibid, pp. 101-102.

31 Ibid, pp. 105-106.

32 CARL SCHMITT, *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*, Granada, Comares, 2002, pp. 215 y ss.; CARL SCHMITT, *Teoría del partisano*, cit., pp. 75, 124.

33 CARL SCHMITT, *El concepto de lo político*, cit., p. 66.; Id., *Teoría del partisano*, cit., pp. 128-129

34 CARL SCHMITT, *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*, cit., pp. 125 y ss. La elaboración conceptual del Derecho Internacional por parte de Grocio constituiría la expresión paradigmática de dicha concepción.

E. El “terrorista” como combatiente político

Tres son, en mi opinión, las ideas de Carl Schmitt que debemos rescatar a partir de esta exposición, si queremos comprender la realidad (política) del “terrorismo”:

— La primera es que el “terrorismo” es una lucha, política desde luego, pero política en su sentido más radical, el constituyente: el “terrorista” pretende destruir el espacio político y sustituirlo por otro. El miembro de E.T.A. quiere dos Estados, el español y el vasco, en vez de uno solo. El miembro de un grupo armado fundamentalista islámico quiere que los países de mayoría musulmana se rijan por un Derecho acorde con su interpretación de la ética islámica y que no colaboren con el imperialismo occidental. El miembro de la Rote Armee Fraktion quería una Alemania fuera de la O.T.A.N., no alineada con los Estados Unidos, que asumiese verdaderamente hasta el fondo su responsabilidad con el nacionalsocialismo y que no estuviese controlada por las grandes empresas monopolísticas. Y así sucesivamente. Dicho en otras palabras: Schmitt, contra la opinión tópica en los medios de comunicación y en los discursos públicos “respetables” (que nos hablan de “criminales”, “monstruos”, “fanáticos”, “locos”, etc.), nos invita a tomarnos en serio al “terrorista” como actor político³⁵.

— En segundo lugar, el partisano de Schmitt —nuestro “terrorista”— es un sujeto político que pone en cuestión el régimen de la gubernamentalidad liberal, tanto en el plano intraestatal como en el interestatal³⁶. Cuestiona el monopolio de la violencia intraestatal legítima del que, según la doxa liberal, debe disfrutar el aparato coercitivo del Estado. Y lo cuestiona políticamente (no, pues, como lo hace el delincuente “común”, aun el asesino): desobedece de hecho, pero aduce para ello (sinceramente) razones de legitimidad política; razones discutibles, sin duda, pero atendibles en principio (la injusticia social, la explotación, el imperialismo, el derecho de autodeterminación, la ley natural...). Pero también, y del mismo modo, cuestiona igualmente el hecho de que sólo los Estados (aunque sea auxiliados por otros entes por ellos autorizados: organismos supranacionales, organizaciones sociales reconocidas, etc.) sean agentes adecuados en las relaciones internacionales, en la configuración del orden político internacional y en el ejercicio de la violencia dentro del mismo. Es decir, cuando menos, pone en cuestión que tales formas constituyentes sean las únicas o las mejores e introduce políticamente (con razones relativas a la legitimidad política) la posibilidad de constituciones alternativas.

35 MICHAEL PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht*, cit., pp. 11-18.

36 De este modo, es cierto que, como dice JACQUES DERRIDA, “Autoinmunidad: suicidios simbólicos y reales. Diálogo con Jacques Derrida”, en *La filosofía en una época de terror*, Madrid, Taurus, 2003, p. 261, en algún sentido, todo “terrorismo” (partisanismo) es siempre interno, ya que pone en cuestión un orden (constituyente), y solamente quien siente que —de alguna manera— tiene derecho a participar de dicho orden se siente legitimado para cuestionarlo. Y, sin embargo, el régimen del Derecho Internacional Humanitario resulta, como veremos, diferente para el caso del llamado “terrorismo internacional” y para el llamado “terrorismo interno”.

— Por último, el partisano (el “terrorista”) recurre, para todo ello, al empleo de tácticas bélicas, aunque sean específicas³⁷: a su nivel (es decir: con los medios logísticos y tecnológicos de los que dispone, que prácticamente siempre son muchísimo más reducidos que los de los Estados), actúa exactamente igual que lo hacen las fuerzas militares de los Estados (y, por lo que llevamos visto en lo que va de siglo, también las que obran en nombre de alguna organización internacional) cuando están en guerra³⁸. En suma, ataca a las fuerzas combatientes (dirigentes políticos, militares, policías...) de su enemigo, causando a veces con ello, como daño colateral o como daño subsidiario³⁹, también perjuicios a los no combatientes. Y, en la mayoría de las ocasiones (al igual que ocurre con las fuerzas militares regulares), cae además en la tentación de atacar directamente a la población no combatiente (a veces a no combatientes que considera que, pese a todo, no son plenamente inocentes en relación con el conflicto político en el que se hallan embarcados⁴⁰: empresarios, periodistas...; y otras, sin más, a no combatientes completamente inocentes), en la esperanza de quebrantar así la “determinación” de los dirigentes del bando enemigo y de que se avengan a adoptar, unilateral o negociadamente, decisiones que solucionen el conflicto.

F. “Terrorismo” y conflicto armado

Pues, en efecto, como Schmitt apunta, si nos mantenemos en el plano puramente descriptivo, la única particularidad del partisano estriba en su naturaleza de fuerza militar irregular⁴¹ (en el sentido del Derecho Internacional Humanitario: esto es, una

37 HERFRIED MÜNKLER, *Viejas y nuevas guerras*, Madrid, Siglo XXI, 2005, pp. 131 y ss.; MIKE DAVIS, *El coche de Buda. Breve historia del coche bomba*, Barcelona, El Viejo Topo, (2005) 2007, pp. 16 y ss.

38 Es interesante, en este sentido, observar los ejemplos que aporta MIKE DAVIS, *El coche de Buda. Breve historia del coche bomba*, cit., pp. 38 y ss., 73 y ss., 94 y ss., 167 y ss. acerca del uso del arma paradigmática del “terrorista”, el coche bomba, por parte de agentes de Estados occidentales (en Vietnam, en Líbano, en Afganistán...).

39 Sobre estos conceptos, JAVIER GUISÁNDEZ GÓMEZ, “El proceso de decisión del comandante y el D.I.H. Acciones hostiles y objetivos militares”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002, p. 184.

40 MICHAEL WALZER, *Guerras justas e injustas*, Barcelona, Paidós, 2001, pp. 203-206; TED HONDERICH, *After the Terror*, Glasgow, McGill-Queen’s University Press, 2003, p. 159; JENNY TEICHMAN, *The Philosophy of War & Peace*, Exeter, Imprint Academic, 2006, p. 34; JASON GATLIFF, *Terrorism and Just War Tradition*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2007, pp. 107 y ss.; UWE STEINHOFF, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 61-108, para la distinción entre los conceptos de “no combatiente” y de “inocente”. Obviamente, la relevancia moral de la distinción se deriva del hecho de que el no combatiente inocente no puede ser considerado, en ningún sentido –ni siquiera el más extensivo– de la expresión, parte en el conflicto armado.

41 CARL SCHMITT, *Teoría del partisano*, cit., pp. 24-34, 106-112.

fuerza sin uniformes y, por consiguiente, difícilmente distinguible –por las fuerzas combatientes enemigas- de la población civil)⁴². Y nada más: ni sus métodos de lucha son esencialmente diferentes de los que emplean las fuerzas combatientes de los estados (aunque lo sean, por necesidad militar, cuantitativa y cualitativamente); ni sus objetivos políticos son de una naturaleza distinta. Es decir, que para ellos también es válida, como lo es para los Estados, la teoría de la guerra elaborada por Clausewitz: se trata de un *“acto de violencia para obligar al contrario a hacer nuestra voluntad”*, cuyo objetivo es *“dejar indefenso al enemigo”*; nunca es un acto aislado, sino que forma parte de una interacción, previa (y, previsiblemente, posterior) al enfrentamiento, entre las dos partes enemigas; y posee siempre una finalidad política como motivo originario; es, pues, no sólo un instrumento de la política, sino que en sí misma resulta ser un acto político⁴³.

El examen del Derecho Internacional Humanitario nos confirma que esta intuición analítica ha tomado carta de naturaleza también en el plano jurídico (cierto que solamente en el Derecho Internacional, pero rara vez en el Derecho estatal)⁴⁴. Así, el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I), de 1977, establece varias disposiciones que van en esta línea: su art. 1.4 (que incluye entre los conflictos armados a los que les es aplicable aquellos en los que *“los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación”*), su art. 43 (que establece que *“las fuerzas armadas de una Parte en conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades*

42 JOSÉ LUIS DOMÉNECH OMEDAS, “Los sujetos combatientes”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002, pp. 155-160.

43 CARL VON CLAUSEWITZ, *De la guerra*, Madrid, La Esfera de los Libros, (1815) 2005, pp. 17, 19, 21, 23-25, 31. En el mismo sentido, ALEXANDER MOSELEY, *A Philosophy of War*, New York, Algora, 2002, p. 14.

44 Así, por ejemplo, el Estado español, cuando ratificó el Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, al que a continuación se hace referencia, presentó la siguiente Declaración interpretativa relativa a su art. 44.3: *“Entiende (scil. España) que los criterios contenidos en el párrafo b) del citado artículo respecto a distinción entre combatientes y población civil pueden solamente ser aplicados en territorios ocupados. Asimismo interpreta que la expresión ‘despliegue militar’ significa cualquier movimiento hacia el lugar desde el que o hacia el que un ataque va a ser lanzado”* (Instrumentos de Ratificación de 11 de abril de 1989 de los Protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra, B.O.E. núm. 177, de 26 de julio de 1989). Es decir, que, en suma, el Estado español rechaza comprometerse a respetar esta disposición del Derecho Internacional Humanitario en la mayor parte de los conflictos armados internacionales en las que se vea implicado, oponiéndose, pues, a la tendencia que en el texto se comenta. De cualquier forma, aquí, puesto que estamos discutiendo de política criminal y no acerca del Derecho positivo, nos interesa más el hecho de que el Derecho Internacional Humanitario haya acogido esta tendencia, que el de que exista una –por lo demás, esperable- resistencia de los Estados a hacerla propia.

armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aun cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna (...)", eliminado así la distinción entre combatientes regulares e irregulares) y su art. 44.3 (que reconoce el estatus de combatientes a fuerzas que no puedan ser distinguidas de la población civil, con tal de que exhiban sus armas durante los enfrentamientos armados, limitando así el alcance de la prohibición de "medios péfidos" de lucha del art. 37.1.c) del mismo Protocolo)⁴⁵. Es decir, muchos de los actos que habitualmente son calificados, en los medios de comunicación, por los dirigentes políticos y también por parte del Derecho Penal estatal, como "terrorismo internacional" –un ataque contra un buque de guerra norteamericano anclado en el puerto, por ejemplo- merecen, sin embargo (o, cuando menos, son susceptibles de merecer)⁴⁶, el reconocimiento jurídico-internacional de actos realizados por combatientes en el marco de un conflicto armado.

La anterior tendencia queda aún más clara si se tiene en cuenta que, además, también en el caso de conflictos armados "*sin carácter internacional*" es reconocido por el Derecho Internacional Humanitario para las partes en el conflicto el estatus de combatiente, sujeto a ciertas reglas de conducta, pero también beneficiario de un nivel mínimo de protección humanitaria⁴⁷. Y, para ver reconocido tal estatus, basta

45 PAUL GILBERT, *Terrorism, Security & Nationality*, London, Routledge, 1994, pp. 33-37; KNUD IPSEN, "Combatants and Non-combatants", en FLECK, DIETER (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 70-79; JEAN-MARIE HENCKAERTS y LOUISE DOSWALD-BECK, "Customary International Humanitarian Law, I", cit. pp. 384-389; JOSÉ LUIS DOMÉNECH OMEDAS, "Los sujetos combatientes", cit., pp. 155-160.

46 Puesto que, naturalmente, las disposiciones del Protocolo son susceptibles de interpretaciones diferentes: *Ibid*, p. 157. En todo caso, como ya he dicho más arriba, aquí no nos importa tanto la cuestión jurídico-positiva cuanto los presupuestos conceptuales y políticos en los que la (ambigua, cuando menos) disposición jurídico-internacional se fundamenta.

47 LINDSAY MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 52-58; MILENA COSTAS TRASCASAS, *Violencia interna y protección de la persona*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2008, p. 225. Si queremos hilar más fino, hay que decir que, en realidad, tanto el art. 3 Común a los Convenios de Ginebra de 1949 como el Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II) no hablan, en el caso de los conflictos armados internos, de "combatientes", sino de "*personas que participan en las hostilidades*". Y ello, porque, por una parte, desde el punto de vista político, no se quiso otorgar expresamente legitimidad alguna a quienes combaten en un conflicto armado interno. Y porque, por otra parte, desde el punto de vista jurídico, mientras que el Derecho Internacional Humanitario niega a las partes el derecho a sancionar a los prisioneros de guerra de un conflicto armado internacional por el mero hecho de haber participado en él (art. 13 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)), no les niega tal derecho cuando el conflicto armado es interno (sino que se limita a exigir que el eventual enjuiciamiento y sanción se sometan a garantías de derechos humanos: art. 6 del Protocolo II). En este sentido, DAVID SUÁREZ LEOZ, "Los conflictos armados internos", en *Derecho Internacional Humanitario*, cit., p. 466. En todo caso, y pese a esta diferencia (jurídicamente relevante), el estatus efectivo de combatientes –a los efectos humanitarios oportunos- les es plenamente reconocido.

con que un “grupo armado” constituya una colectividad armada, sujeta a un liderazgo responsable de las acciones de dicha colectividad y capaz de mantener una actividad armada continuada y concertada⁴⁸. Todo ello, además, viene siendo confirmado por reiteradas interpretaciones en este sentido acogidas en las sentencias de tribunales internacionales, que reconocen dichas obligaciones y dicho estatus, al menos a título de Derecho Internacional consuetudinario⁴⁹.

Lo que todo esto nos indica es que, como el Derecho Internacional Humanitario, a causa de la misión que ha de cumplir (que, como es sabido, es la de establecer un *ius in bello*: una regulación jurídica de los comportamientos permitidos y prohibidos en el curso de un enfrentamiento armado, sobre la base del principio de humanidad), sea cual sea la consideración política y la valoración moral que en cada caso le merezcan a cada uno la legitimidad y el comportamiento de un determinado grupo armado (con finalidad política: “partisano”), realmente no es posible establecer una distinción ontológicamente fundada –esto es, basada en criterios que resulten empíricamente verificables- entre acto bélico y acto “terrorista”, si la misma ha de basarse principalmente en la naturaleza del grupo actuante. Pues, entonces, si atendemos a los actos realizados por cada bando (el Estado, el grupo armado no estatal con finalidad política), hallaremos que muchas veces resultan perfectamente intercambiables (el ejemplo de Colombia resulta, a este respecto, muy claro... ¡pero hay tantos otros!). Y si, por el contrario, quisiéramos atender más bien a la legitimidad de origen de cada uno de los bandos, necesitaríamos razones políticas mucho más sólidas que la mera etiqueta de “terrorismo” para justificar por qué los actos de uno de los bandos han de ser valorados de manera completamente diferente que los del otro.

En este sentido, quiero llamar la atención sobre la ambivalencia ínsita a todas aquellas teorías que, al hilo del uso y abuso de la retórica de la “*Guerra contra el Terrorismo*” por parte de los Estados Unidos de América, están intentando hacer hincapié en la, según ellas, radical diferencia entre el “terrorismo” (que quedaría dentro del ámbito de lo delictivo, a abordar a través del Derecho Penal... a veces, de un

48 JAVIER GUIZÁNDEZ GÓMEZ, “La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional”, en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002, pp. 443-444; LINDSAY MOIR, *The Law of Internal Armed Conflict*, cit., pp. 31-52. Nuevamente, si quisiéramos afinar más en los detalles (lo cual no es verdaderamente necesario para la cuestión que aquí nos ocupa), habría que advertir que el ámbito de aplicación del Protocolo II, a tenor de su art. 1, es más limitado –salvo interpretación extensiva *contra legem*- que la del art. 3 Común a los Convenios de Ginebra, al exigir para su aplicación, entre otros requisitos, que exista control efectivo de territorio por parte del grupo armado. En todo caso, en tanto que el art. 3 Común sigue vigente, podemos prescindir de dicho matiz: *Ibid*, pp. 100-103, 105-107.

49 *Ibid*, pp. 133 y ss.; LIESBETH ZEGVELD, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 9 y ss.; JEAN-MARIE HENCKAERTS y LOUISE DOSWALD-BECK, “Customary International Humanitarian Law, I”, cit., pp. 19, 21.

Derecho Penal de excepción) y la guerra⁵⁰. Ambivalencia que se deriva del hecho de que, si por una parte pueden resultar útiles de forma coyuntural para criticar (y, sobre todo, para poder hacerlo de un modo que resulte aceptable para los discursos políticos dominantes en Occidente) algunas acciones "antiterroristas" que violan el Derecho Internacional de los derechos humanos (pero que, como casi siempre infringen también el Derecho Internacional Humanitario, podrían ser criticadas igualmente con una fundamentación diferente)^{51 52}, sin embargo, por otra parte, están aceptando ya

50 En este sentido, recientemente, BRUCE ACKERMAN, *Antes de que nos ataquen de nuevo*, Barcelona, Península, 2007, pp. 25 y ss.; HÉCTOR OLÁSOLA ALONSO y ANA PÉREZ CEPEDA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 73 y ss, especialmente pp. 135 y ss.

51 MARK OSIEL, *The End of Reciprocity. Terror, Torture, and the Law of War*, New York, Cambridge University Press, 2009, especialmente pp. 111 y ss., resulta extremadamente clarificador, en este sentido, acerca de la diversidad de los fundamentos propios del Derecho Internacional humanitario y de los del Derecho Internacional de los derechos humanos, así como sobre la conveniencia, en situaciones de conflicto armado, de dar preeminencia –de prestar particular atención, al menos- a aquél sobre éste.

52 Por ejemplo: la detención sin cargos ni juicio en Guantánamo y en centros de detención secreta a lo largo del mundo de "combatientes enemigos ilegales", perpetrada por los Estados Unidos de América, no sólo viola el art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sino que, además, infringe también buena parte de las disposiciones contenidas en el Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III), comenzando por su art. 17, así como los arts. 44 y 45 del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales (Protocolo I). Ciertamente, existe una diferencia entre el alcance de uno y de otro instrumento internacional, aunque en este caso sería solamente de matiz: el Derecho Internacional de los derechos humanos prohíbe la "detención o prisión arbitrarias", la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes y los juicios injustos, mientras que el Derecho Internacional Humanitario solamente prohíbe de modo absoluto estos dos últimos grupos de abusos, pero no del mismo modo la detención misma (aunque, de hecho, también la prohíbe en muchos casos, si resulta innecesaria desde el punto de vista de la seguridad: JEAN MARIE HENCKAERTS y LOUISE DOSWALD-BECK, "Customary International Humanitarian Law, I", cit., pp. 344-352. Pero, en todo caso, lo que se critica usualmente del centro de detención de Guantánamo no es tanto la detención en sí (al fin y al cabo, si los detenidos hubiesen sido reconocidos como prisioneros de guerra, además de verse amparados por las prohibiciones de tortura, de malos tratos y de juicios injustos ya mencionadas, podrían poner en cuestión su estatus y solicitar su libertad sobre la base de lo dispuesto en el art. 4 del Convenio III de Ginebra) cuanto la amorfa mixtura de Derecho Penal y Derecho de la guerra en la que se sustenta (en mi opinión, precisamente, la crítica de MICHAEL PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht*, München, Beck, 2008, pp. 17-18, a quienes distinguen entre delito y guerra peca, precisamente, de caer en el otro extremo: justificar dicha mixtura). Crítica para la que basta y sobra con el fundamento que aporta el Derecho Internacional Humanitario.

Ciertamente, existe, no obstante, una cuestión problemática, que es la referida al uso de la fuerza que resulta admisible contra los miembros de un grupo armado (no detenidos ni inermes, sino combatientes): en la medida en que son considerados un objetivo militar legítimo, el Derecho Internacional Humanitario no establece, por lo que se refiere a las acciones armadas que puede llevar a cabo contra ellos el enemigo (el Estado), casi ninguna limitación –descontando la referida a armas que están prohibidas en general- que tenga por objeto la preservación de su vida e integridad física (sí, desde luego, para proteger la de los no combatientes); por el contrario, si los miembros del grupo armado son considerados exclusivamente como delincuentes, que han de ser sometidos a enjuiciamiento, el Derecho Internacional de los derechos humanos (en concreto, los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la

de entrada una definición del concepto de “terrorismo” que está claramente sesgada desde el punto de vista político y que, como veremos, no resulta sostenible desde la perspectiva de una política criminal crítica.

G. Concepto estricto de terrorismo

Por lo tanto, en mi opinión, no es posible hallar un criterio sólido de distinción entre “terrorismo” –en el sentido habitual del término- y guerra sobre la base de la naturaleza del grupo que lleva a cabo una acción armada⁵³. Por lo tanto, en este sentido, solamente aquella parte de la ética aplicada que pretende regular moralmente los conflictos armados puede ayudarnos a construir un concepto más estricto de terrorismo –aquí, ya sin comillas- a partir de criterios de otra índole. En concreto, a partir de las características de la acción armada misma, prescindiendo de quién es el que la ha llevado a cabo.

Para ello, resulta preciso, como hemos visto, partir del presupuesto de que sólo pueden calificarse como terrorismo (en sentido estricto) conductas que consistan en acciones armadas y que constituyan violaciones del Derecho Internacional Humanitario. Así, un primer concepto estricto de terrorismo podría ser: cualquier acción

Ley) sí que establecen tales limitaciones. En mi opinión, sin embargo, es ésta una cuestión que, desde el punto de vista del Derecho Internacional, queda al arbitrio de cada Estado: si opta por perseguir exclusivamente de forma militar al grupo armado, intentando matar y/o capturar a sus miembros (y, entonces, sujetarse exclusivamente al Derecho Internacional Humanitario, que también obliga a que se respete a los prisioneros de guerra y a que, en el caso de que se les juzgue, se haga con garantías), o si prefiere capturar (policíalmente) a sus miembros para perseguirlos penalmente las conductas realizadas, sometiéndose en tal caso a las limitaciones en el uso de la fuerza que para este supuesto están previstas por el Derecho Internacional. Pues una solución diferente (obligar, por ejemplo, al Estado a optar por la segunda solución y prohibirle la primera) volvería a crear un desequilibrio –aunque sea el inverso al que suele darse- en el tratamiento de las partes del conflicto armado, que es lo que estoy intentando evitar. Dicho en otras palabras: precisamente por su naturaleza de grupo armado organizado y con fines políticos, que intenta presentar un reto político y militar al Estado, el partisano –el “terrorista”- *no puede exigir, a partir del Derecho Internacional, ser tratado como los demás delincuentes* (pues, precisamente, él, con su discurso y con su acción, está cuestionando de hecho tal estatus); cuestión diferente es que *el Estado mismo pueda decidir, pese a todo, tratarle así*. Y que un determinado tipo de Estado (de sistema político), que dé especial relevancia a los derechos humanos de todos (también a los de los subversivos y de los delincuentes) y que apueste por una concepción máximamente integradora de ciudadanía (también para los rebeldes a la misma), pueda y deba inclinarse por esta opción, por ser la más recomendable desde una perspectiva favorable a la máxima expansión posible de los derechos humanos... Pero, pese a todo, si un Estado (por ejemplo, porque, en su enfrentamiento a los grupos armados, la situación militar no le resulta demasiado propicia) decide optar por la otra alternativa, podrá –y deberá- criticársele moral y políticamente, pero no se podrá aducir la existencia en dicha decisión de una violación flagrante de los derechos humanos ni del Derecho Internacional Humanitario (sino tan sólo de una interpretación restrictiva –políticamente criticable- de los mismos).

53 PAUL GILBERT, *Terrorism, Security & Nationality*, London, Routledge, 1994, pp. 18-20.

armada que no respeta el principio de proporcionalidad en cuanto a los daños colaterales para los no combatientes (arts. 51.5.a) y 57.2.a) del Protocolo I de Ginebra).

Sin embargo, sería éste un concepto excesivamente amplio, que ni recogería bien el sentido más normal en el que se puede usar —aun sin ánimo propagandístico— el término ni resultaría demasiado útil, por incluir demasiadas conductas, muy diferentes entre sí; algunas de las cuales (acciones armadas desproporcionadas y con daños colaterales, pero no deliberadas, por ejemplo) ni siquiera aparecen necesariamente como crímenes de guerra. Por ello, un segundo concepto posible y estricto —más estricto— de terrorismo sería: cualquier acción armada realizada directa e intencionalmente contra no combatientes (en violación del art. 51.2 del Protocolo I de Ginebra)⁵⁴. Este segundo concepto resulta algo más aceptable, por ser más estricto, pero tiene el problema de ser prácticamente superfluo, por coincidir con algunos de los crímenes de guerra reconocidos universalmente en el Derecho Internacional (hoy, en el art. 8.2.b).i) del Estatuto de la Corte Penal Internacional)^{55 56}.

Por ello, un concepto estricto de terrorismo que queramos que resulte verdaderamente útil para la discusión político-criminal debe ser aún más restrictivo. En este sentido, Steinhoff propone el siguiente: *"'Terrorismo' es la estrategia de influir sobre el comportamiento, las percepciones, las creencias o las actitudes de otros distintos de las víctimas inmediatas o blancos de la violencia, a través de la amenaza (hecha creíble mediante la realización de un acto o serie de actos en consonancia con la misma) de llevar a cabo de forma reiterada homicidios, daños graves a personas inocentes o destrucción o daños graves a sus propiedades. Son 'actos terroristas' esos ataques graves contra inocentes o contra sus propiedades que formen parte de tal estrategia"*⁵⁷. Como se comprobará, tres rasgos restrictivos aparecen aquí que no aparecían en las definiciones anteriores. Primero, se restringe el concepto de acto terrorista a los ataques a "inocentes", excluyendo, pues, los ataques a no combatientes (en el sentido estricto del término) que no puedan ser calificados como tales, por estar implicados directamente de algún modo en el conflicto (en el conflicto armado, no tan sólo en el conflicto político subyacente): líderes políticos, fabricantes de armas,

54 En realidad, cabría un concepto intermedio entre éste y el anterior: cualquier acción desproporcionada, con daños colaterales a no combatientes y, además, deliberada (*"a sabiendas"*, como dice el art. 8.2.b).iv) del Estatuto de la Corte Penal Internacional). Sin embargo, puesto que, como vamos a ver, tampoco el más estricto que en el texto se propone me parece, en realidad, lo suficientemente estricto, se deduce, *a fortiori*, que tampoco lo sería este concepto intermedio.

55 En el Derecho positivo español, aparecen en el art. 611,1º CP y en el art. 76 CPM.

56 Idénticos argumentos podrían emplearse para excluir del concepto estricto de terrorismo aquellos supuestos de hecho que, en su momento, queden eventualmente incluidos en el crimen de agresión (art. 5.1.d) del Estatuto de la Corte Penal Internacional).

57 UWE STEINHOFF, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 122.

informadores, etc. Segundo, se pone de manifiesto el hecho de que la esencia del terrorismo estriba no en el ataque en sí, sino en la amenaza de hacerlo, con el ataque a la libertad consiguiente (de manera que, en el límite, podría imaginarse –aunque realmente resulte improbable– un caso de finalidad terrorista sin ningún daño efectivo a terceros)⁵⁸. Y, por fin, en tercer lugar, se exige que el ataque a inocentes o la amenaza de hacerlo tenga una determinada finalidad: la de influir a terceros, distintos de las víctimas de sus amenazas y –en su caso– de sus acciones armadas.

En mi opinión, es éste un concepto de terrorismo lo suficientemente estricto (en cuanto a los requisitos que exige) y, al tiempo, lo suficientemente general (en cuanto a sus posibilidades de aplicación) como para que resulte idóneo para la discusión político-criminal. Sin embargo, para este fin, creo que es interesante introducir aún una nueva restricción: la de que la estrategia y los actos en cuestión sean llevados a cabo por un grupo organizado dotado de finalidad política (incluyendo tanto Estados como otros grupos armados). Pues, aun cuando es cierto que, para que se pueda hablar, en sentido estricto, de terrorismo, basta, a mi entender, con los requisitos estipulados en la definición de Steinhoff, sin embargo, creo que conviene limitar nuestra discusión sobre la política criminal en materia de terrorismo a dichos casos. Y ello, por las razones políticas ya vistas, y por la adicional, práctica, de que se trata del caso más frecuente en la realidad, dado que tanto el terrorismo puramente individual como el puramente criminal resultan fenómenos residuales (y, de todos modos, merecerían siempre un tratamiento político-criminal diferente: en un caso, porque la ausencia de organización criminal disminuye significativamente el nivel de peligrosidad criminal del sujeto; en el otro, porque la carencia de finalidad política alguna aleja al grupo –mafioso, por ejemplo– de cualquier pretensión de respeto al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los derechos humanos, por lo que el supuesto debe ser enfocado exclusivamente como un ataque a otros bienes jurídicos, individuales y/o supraindividuales).

De este modo, existe una forma del fenómeno comúnmente llamado “terrorismo” (que puede ser calificada, en sentido estricto y ya sin comillas, de auténtico terrorismo) que estriba en aquella infracción del Derecho Internacional Humanitario, realizada por una parte de un conflicto armado interno o internacional (sea ésta un Estado o un grupo armado no estatal con finalidad política), consistente en amenazar (y, en su caso,

58 Como muy gráficamente apunta RAFAEL SÁNCHEZ-FERLOSIÓ, “Notas sobre el terrorismo”, en *Sobre la guerra*, Madrid, Destino, 2008, p. 143., “*si a un terrorista, por una parte, y a un soldado (gudari), por la otra, el hombre que cada uno de ellos va a matar se les muere de un rayo unos momentos antes, para el soldado será tan valedero, según su propio fin, el efecto de tal rayo como si su fusil fuese debido, mientras que el terrorista juzgará que el rayo ha desbaratado su propósito y frustrado su fin. El ser él y no otro el agente parece, pues, esencial al contenido de la acción del terrorista (...)*”. En todo caso, en sí misma, esta diferencia en las formas de combate no tiene por qué conllevar necesariamente una diferencia en el grado de lesividad para bienes jurídico-penalmente protegibles.

ejecutar la amenaza) con graves daños en sus personas o propiedades a personas inocentes no implicadas en el conflicto armado con el fin de influir sobre terceros. Forma de “terrorismo” que se diferencia, como hemos visto, de otras violaciones del Derecho Internacional Humanitario (ataques “pérfidos” a objetivos militares, ataques desproporcionados a objetivos militares con daños colaterales a civiles, ataques directos a civiles). Y que se diferencia, desde luego, también de otras conductas que suelen ser incluidas en el concepto más amplio, usualmente empleado en los discursos públicos, de “terrorismo” (ataques directos a combatientes –militares, policías- del Estado parte en el conflicto armado sin daños colaterales a civiles, por ejemplo). Y es una forma que, por el hecho de infringir el Derecho Internacional Humanitario (y, consiguientemente, algunos de los principios morales más básicos y universalmente reconocidos en la comunidad internacional)⁵⁹, resulta especialmente grave; y, por ello, especialmente fácil de justificar su incriminación.

En mi opinión, no puede haber ninguna duda de que esta forma de terrorismo merece ser incriminada de manera separada, ya que existen suficientes razones morales (especial gravedad del hecho) y prácticas (necesidad de prevención, dada la frecuencia y el nivel de impunidad existente) como para que el Derecho Penal (tanto el común como el militar) deba, en principio, intervenir. Y no sólo lo merece, sino que, de hecho, constituye uno de los mayores retos a los que se enfrentan hoy la ética de la guerra y el Derecho Internacional Humanitario⁶⁰, dado que las modernas formas de guerra, tanto regular como “asimétrica”, tienden cada vez más a eliminar la distinción entre blancos legítimos e ilegítimos y a intentar derrotar al enemigo

59 Existen dos menciones expresas en el Derecho Internacional Humanitario al concepto de terrorismo: una, en el art. 51.2 del Protocolo I de Ginebra, que dispone: “*Quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil*”; y otra en el art. 4.2.d) del Protocolo II de Ginebra, que prohíbe “*los actos de terrorismo*” como medio de lucha. En mi opinión, ambas referencias resultan equivalentes (una para conflictos armados internacionales y otra para los conflictos armados internos) y pueden ser reconducidas al concepto estricto de terrorismo sostenido en el texto. Existe, desde luego, una diferencia relevante, que tiene que ver con la distinción entre no combatientes e inocentes, ya mencionada: el Derecho Internacional Humanitario protege también de manera absoluta a los no combatientes implicados directamente (pero no mediante la actuación armada) en el conflicto armado. Yo entiendo, no obstante, que desde el punto de vista moral (y político-criminal, por consiguiente) no son dos supuestos exactamente iguales, ya que quien ataca a un no combatiente implicado en el conflicto puede estar cometiendo, eventualmente, un crimen de guerra, pero no el peor de ellos (el de terrorismo), por lo que deberían ser tratados de forma diferenciada, no mereciendo el mismo nivel de protección; y no debiendo incluirse, por ello, en el concepto estricto de terrorismo a dichos no combatientes implicados: en sentido similar, JASON GATLIFF, *Terrorism and Just War Tradition*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2007, pp. 134-136, 141- 164. En todo caso, comprendo que la cuestión resulta enormemente discutible. Sea como sea, lo que resulta esencial es comprender que, como señala Milena Costas Trascasas, *Violencia interna y protección de la persona*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2008, p. 136, “*el terrorismo* (en el sentido estricto del término –añadido mío-) *no constituye una categoría particular de conflicto sino un método de lucha*”.

60 DAVID KENNEDY, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006, pp. 111 y ss.

haciendo efectivamente inhabitable su medio ambiente, o, al menos, amenazando con hacerlo⁶¹.

Ahora bien, es evidente, que este concepto estricto de terrorismo, político-criminalmente relevante, se separa sustancialmente de los conceptos que se emplean habitualmente en el Derecho positivo (en el estatal sobre todo, pero también, crecientemente, en el Derecho Internacional, a raíz de la última oleada de presiones de las grandes potencias –de los Estados Unidos de América, principalmente- para definir extensivamente delitos de “terrorismo” en convenciones internacionales y comprometer mediante ellas a toda la comunidad internacional en su incriminación y persecución)⁶². Conceptos jurídico-positivos que son, de una parte, significativamente más extensivos en un determinado sentido (en la medida en que añaden al concepto conductas que no constituyen violación alguna del Derecho Internacional Humanitario), pero también, de otra, significativamente más restrictivos (al excluir las conductas terroristas realizadas por agentes estatales)⁶³. Y, según creo, ni la extensión ni la restricción resultan justificables, si se debe (como, en un Derecho Penal del hecho, ha de ser el caso, al apreciar el grado de lesividad existente en la acción respecto de los bienes jurídico-penalmente protegibles) de tratar jurídico-penalmente de forma igual los casos iguales y diferenciadamente los supuestos diferentes, ya que, como intentaré argumentar a continuación, los otros supuestos (distintos del de terrorismo en sentido estricto) que suelen aparecer incluidos en el concepto jurídico-positivo de “terrorismo” exigen fundamentaciones político-criminales separadas y, consiguientemente, un tratamiento jurídico-penal también diferente.

Así pues, una segunda conclusión que podemos extraer de lo hasta aquí visto es, me parece, que resulta necesario disolver la refundición de realidades diversas en un único concepto de “terrorismo”, retórica y políticamente útil para los gobernantes (por resultar simplificador, por lo que incluye y por lo que excluye)⁶⁴, pero carente

61 Muy clarificador al respecto, PETER SLOTERDIJK, *Temblores del aire*, Valencia, Pre-Textos, 2003.

62 Recientemente, la Resolución aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre estrategia global de las Naciones Unidas contra el terrorismo [A/RES/60/288], de 2006.

63 DANILO ZOLO, *La justicia de los vencedores*, Madrid, Trotta, 2006, p. 148.

64 Apunta PETER SLOTERDIJK, *Temblores del aire*, cit., pp. 98-99, que “quien dispone de la prerrogativa interpretativa de declarar ‘terroristas’ a los luchadores de una causa extraña a los propios intereses, desplaza sistemáticamente la percepción del terror del plano de los métodos, centrándose en el grupo opositor (...)”. En sentido similar, DANILO ZOLO, *La justicia de los vencedores*, cit., pp. 121-122. Por su parte, JEAN-CLAUDE PAYE, *El final del Estado de Derecho*, Hondarribia, Hiru, 2008, pp. 12-16, 253 y ss., apunta que el Derecho Penal antiterrorista cumple, de hecho, funciones constituyentes, de un sistema político en el que el terrorismo aparece –en palabras de JOHN BROWN, “El terrorismo como residuo de la política”, en *Rebelión*, 5 de marzo, 2009 como “residuo de la política”: “la política, sustituida por la policía, tiende a experimentar un eclipse: sólo existen problemas de gestión, pero no hay nada que decidir en cuanto al modelo de sociedad y de organización política, pues éste se considera definitivo. Naturalmente, esto genera una repetición de prácticas y procesos normales y una exclusión de aquellos

de justificación político-criminal. Por el contrario, hay que defender que bajo la etiqueta comúnmente empleada de “terrorismo” se ocultan en realidad formas de comportamiento que, en términos valorativos (desde el punto de vista de la lesividad, pues), merecen calificaciones diferenciadas, por lo que deberían recibir un tratamiento también distinto. Y que, por lo tanto, no resulta justificable deducir sin más del concepto criminológico de terrorismo un concepto jurídico: aun cuando diversos grupos armados con finalidad política puedan obedecer a una dinámica criminológica semejante (“terrorista”, si así se la quiere etiquetar), ello no conduce necesariamente a entender que todas sus actuaciones merezcan un mismo tratamiento jurídico-penal. Por el contrario, la solución de equiparar la pertenencia psicosocial a uno de estos grupos con una automática atribución de responsabilidad penal (indiferenciada) no resulta, a mi entender, compatible con el principio de responsabilidad por el hecho, ya que castiga (desproporcionadamente) al individuo por lo que es (se siente y es reconocido como miembro de un grupo), no por lo que ha hecho (cuánto ha contribuido efectivamente a los delitos cometidos por el grupo), que debe ser lo relevante a la hora de atribuir sanciones.

H. La descomposición del concepto usual de “terrorismo”.

Por supuesto, del hecho de que no sea posible justificar un concepto unitario de “terrorismo” elaborado conforme a los intereses políticos de las élites dirigentes de los Estados occidentales no se deduce necesariamente que sus diversos componentes no deban, eventualmente, merecer consideración y protección (diferenciada). Lo que se deriva, por el contrario, es que ello habrá de ser establecido caso por caso. Esto significa, en definitiva, que es necesario analizar y descomponer el concepto usual de “terrorismo”, para extraer del mismo las distintas realidades sociopolíticas que suele englobar.

Cuando se lleva a cabo dicho análisis, se puede observar que, además del aspecto de violación del Derecho Internacional Humanitario ya examinado, otros dos componentes aparecen refundidos y confundidos en el concepto normal de “terrorismo”: primero, el componente de creación de miedo en la población (“terror”); y segundo, el componente de ataque a la estabilidad del régimen político imperante⁶⁵.

que resultan anómalos. Entre los que se ven designados como anómalos –“terroristas”- figuran en lugar destacado los que tienen que ver con la supervivencia de la política más allá de su neutralización policial y económica”.

65 Naturalmente, la terminología y la regulación varían en cada Derecho positivo. Así, por ejemplo, el Código Penal colombiano define dos formas de terrorismo: una, en su art. 144, consistente en “*el que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado, realice u ordene llevar a cabo ataques indiscriminados o excesivos o haga objeto a la población civil de ataques, represalias, actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla*”; y otra, en el art. 343, que realiza “*el que provoque o mantenga en*

I. Subversión armada y delitos sin contenido político

Si analizamos ahora el primero de dichos componentes, el relativo a la creación de miedo y de inseguridad, hay tres observaciones que son pertinentes. La primera de ellas es que, como hemos visto ya, es preciso distinguir aquellos supuestos de creación de miedo en los que, para ello, se llevan a cabo actividades de terrorismo –en sentido estricto- de aquellas otras en las que esto no tiene lugar.

Si, aquí, nos limitamos al segundo caso (puesto que el otro ya lo hemos examinado), entonces hay que decir que el problema no parece estar especialmente relacionado con la actividad de los grupos armados con finalidad política. En efecto, si dejamos a un lado los casos de terrorismo en sentido estricto, la creación de miedo y de inseguridad (en los bienes jurídicos personales de individuos y de grupos sociales que no se hallan implicados en el conflicto armado) no constituye una actividad particularmente frecuente de dichos grupos, que, cuando deciden no emplear tácticas terroristas, no cometen necesariamente más acciones contra civiles inocentes que cualquier otro agente social. Y, en todo caso, incluso cuando no evitan tales acciones (por ejemplo: cuando, para obtener fondos, cometen robos con violencia o intimidación contra civiles no implicados), no parece que la naturaleza de las mismas sea distinta de la de cualquier otro sujeto infractor de la ley penal; al menos, de la de cualquier otro supuesto de delincuencia organizada (que político-criminalmente pueden merecer una respuesta diferenciada a la de los infractores individuales o en pequeños grupos no organizados). Así pues, tales acciones deberán, o no, ser sancionadas exactamente en la misma medida –pero nunca más- en la que deban serlo esas mismas conductas si son realizadas por otros sujetos (al menos, por otros sujetos que actúan mediante una organización).

En este sentido, y contra lo que es frecuente en el Derecho positivo (en el español, sin ir más lejos: arts. 574-575 CP)⁶⁶, no parece existir razón suficiente para un

estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos". Es decir, define como "terrorismo" la violación del Derecho Internacional Humanitario y, en una regulación diferenciada, el ataque a la seguridad de la población. Mientras que, por el contrario, en Derecho Penal español, el art. 571 CP tipifica como "terrorismo" la conducta de "los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos", agrupando el componente del ataque a la seguridad y el componente de desestabilización política e ignorando el componente humanitario. En todo caso, aquí nos interesa discutir sobre los tres componentes del concepto amplio de "terrorismo" que predomina en los discursos públicos actuales, ya que dicho concepto se viene imponiendo en la mayoría de los Derechos positivos estatales, sea cual se la terminología que para ello se emplee en cada momento y lugar (esto es: se le llame o no, en los textos legales, "terrorismo" a todo, o sólo a parte, de lo aquí examinado).

66 También, en el mismo sentido, el art. 3 de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (D.O.C.E. L 164, de 22 de junio de 2002).

tratamiento excepcional de los “delitos comunes” cometidos por miembros de grupos armados con finalidad política. Pues la única justificación que podría aducirse para dicho tratamiento excepcional sería el argumento de la intervención anticipada, de la incriminación (excepcional) de actos preparatorios: a tenor del mismo, el hecho de que muchos de los “delitos comunes” –patrimoniales, por ejemplo- cometidos por el grupo armado constituyan, además, actos preparatorios de futuros actos “terroristas” –en sentido amplio- justificaría un tratamiento agravado. Sin embargo, este argumento es, en mi opinión, extremadamente débil: primero, porque otorga un peso excesivo a las consideraciones de eficacia preventiva (de necesidad de pena), que son las que subyacen al argumento, hasta el punto de que, llevado al extremo, daría lugar a un exceso respecto de lo aceptable conforme al principio de proporcionalidad de las penas (puesto que, a igual gravedad del hecho, las penas podrían llegar a ser excesivamente dispares); segundo, porque no es un argumento generalizable (hasta el punto de que, a veces, se invierte para construir un concurso ideal de delitos, e incluso de leyes, y reducir la gravedad de la pena impuesta a delitos que poseen tal conexión de plan: ¿debería agravarse, si no, la pena de ciertas formas de falsedad documental si se comprueba que suelen constituir la preparación de fraudes patrimoniales posteriores?); y, tercero, porque, entonces, haría falta una razón adicional –que, hasta donde alcanzo a ver, no existe- por la que estos delitos debiesen ser tratados, en el caso de los grupos armados, de manera diferente a como lo son en el resto de supuestos de delincuencia organizada.

J. Subversión armada y protección de la seguridad

De cualquier forma, lo que se discute aquí no es si las conductas delictivas no terroristas contra bienes jurídicos individuales que lleve a cabo un grupo armado con finalidad política deben o no ser sancionadas. Por el contrario, la cuestión es si dichos actos (delitos patrimoniales, injurias, amenazas, coacciones, etc.) pueden, además, ser castigados mediante regulaciones específicas, por el hecho de dar lugar a miedo o inseguridad. Más exactamente, como ya he indicado, si pueden resultar político-criminalmente justificados delitos cuyo contenido de injusto consista precisamente en la creación de miedo o de inseguridad.

En este sentido, mi primera conclusión es que, en todo caso, no deberían ser delitos especiales, referidos tan sólo a los miembros de grupos armados con finalidad política (dado que, como hemos visto, a este respecto no parece existir en ellos ninguna especificidad que pueda justificar un tratamiento excepcional), sino delitos comunes para cualquier sujeto. O, cuando menos, para cualquier supuesto de delincuencia organizada. Por lo tanto, también la refundición en un único grupo de tipos penales (agravados) del componente de creación de miedo e inseguridad con el

componente de desestabilización política carece de justificación político-criminal. Y ello, tanto si ambos componentes son contenidos alternativos del injusto (como ocurre en el Derecho positivo español: art. 571 CP) como si son condiciones cumulativas del mismo: en el primer caso, por tratar del mismo modo supuestos de hecho que, como estamos viendo, son completamente diferentes desde el punto de vista valorativo; y, en el segundo, por crear un injusto híbrido, de difícil justificación.

Por lo demás, y puesto que, planteado en estos términos, no se trata ya de un problema que tenga que ver específicamente con el "terrorismo", me limitaré a resumir aquí lo que a este respecto he argumentado con mayor detalle en otros lugares⁶⁷. En mi opinión, la seguridad no constituye en sí misma casi nunca un bien jurídico que pueda ser objeto legítimo de protección jurídica (y jurídico-penal) mediante la prohibición de conductas y la amenaza de sanciones (en ambos casos, mediante la restricción de la libertad personal). Así pues, no lo es, desde luego, el sentimiento de seguridad de los individuos y grupos sociales. Por el contrario, solamente posee relevancia suficiente, a veces (pero no siempre), en dos supuestos: algunas veces la posee la seguridad de los bienes jurídicos individuales; y otras, la seguridad efectiva de un grupo social particularmente vulnerable. Esto es, de una parte, el mantenimiento de la probabilidad de lesión de algunos bienes jurídicos individuales muy importantes por debajo de un cierto nivel, anticipando la intervención penal —a través de delitos de peligro abstracto— para mantenerla bajo control. Y, de otra, la evitación de conductas que, dadas las desigualdades en la estructura social, pueden producir una sensación de extraordinaria vulnerabilidad e indefensión para grupos sociales particularmente vulnerables (no, pues, para cualquiera), conduciendo a sus miembros a limitar su libertad individual. Esto quiere decir que no debe haber delitos para proteger "la seguridad", sino delitos que protejan la seguridad de algún bien jurídico individual en particular o la seguridad de un grupo social particularmente vulnerable. Y que la justificación político-criminal de cada uno de los delitos que protege la seguridad de un determinado bien jurídico individual o de un grupo social particularmente vulnerable dependerá: primero, de la importancia de dicho bien jurídico que se pretende proteger; segundo, del grado de inseguridad realmente existente de dicho bien jurídico, o de la vulnerabilidad del grupo social en cuestión. Por el contrario, delitos que pretendan proteger de forma genérica e indeterminada la "seguridad", el "orden público", la "paz pública", o realmente poseen el fundamento político-criminal que se acaba de señalar

67 JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 11, 2003, pp. 134-142; *Id.*, "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", en *Eguzkilore*, N° 20., 2006, pp. 129 y ss.; *Id.*, "'Efecto social' del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad", en *Órdenes normativos y control social en Europa y en América Latina*, Madrid, Dykinson. Es ésta una línea de investigación que mantengo aún abierta, por lo que espero publicar aun próximamente nuevos trabajos sobre el tema.

(por ejemplo: ciertas formas de tenencia de armas, que han de ser conectadas con la protección de la vida y la integridad física, además de con los delitos políticos), o, si no, serán delitos ilegítimos, por no cumplir la condición exigida por los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad. Pues, en realidad, tales pretendidos bienes jurídicos supraindividuales carecen de entidad propia⁶⁸. Y ello hace que delitos como, por ejemplo, los de alarmismo (como, por ejemplo, el del art. 561 CP) o los de apología del terrorismo (como en el art. 578 CP, primer inciso) no puedan resultar justificados político-criminalmente en ningún caso per se (esto es, tal y como el legislador los propone, como "delitos contra el orden público"), sino únicamente si es posible argumentar convincentemente su conexión de lesividad con otros auténticos bienes jurídicos⁶⁹.

Por otra parte, la comisión de hechos delictivos "comunes" (puestas en peligro o lesiones de bienes jurídicos individuales), aun su comisión repetida, generalmente no debería dar lugar a ninguna agravación de la responsabilidad por el efecto de inseguridad que, eventualmente, dicha repetición pueda ocasionar sobre las víctimas o sobre terceros. En todo caso, sólo podría estar justificado, a veces, tomar en consideración dicho efecto en aquellos supuestos, muy contados, en los que en la forma de comisión de cada uno de los delitos realizados vaya incluido, de un modo jurídico-penalmente imputable (tanto en lo objetivo como en lo subjetivo), algún componente adicional del comportamiento orientado a causar dicho efecto. Así, por ejemplo, solamente debería considerarse que el merecimiento de pena de una agresión racista resulta mayor que aquél que se deriva de las lesiones de bienes jurídicos (vida, integridad física, libertad, honor, etc.) que sufre la víctima directa cuando el autor realiza, adicionalmente, actuaciones destinadas a dotar a su acción lesiva de una relevancia comunicativa extraordinaria (superior a la que se deriva del hecho mismo de la agresión), perceptible para terceros a quienes se desea inducir: cuando, por ejemplo, la agresión se acompaña de mensajes racistas amenazantes en la pared, para advertir a otros miembros del grupo étnico objeto de su odio; o cuando se acompaña de soflamas dirigidas a otros potenciales agresores, para animarles. Pero no en otro caso: si el agresor racista se

68 No puedo detenerme a argumentar aquí detalladamente esta afirmación: sin embargo, la detenida argumentación en este sentido de ROLAND HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München, Carl Heymann, 2002, pp. 284 y ss. que sustancialmente comparto.

69 Lo que, por cierto, es casi imposible que ocurra en el caso de la apología (dejando incluso a un lado su conflicto con el derecho fundamental a la libertad de expresión: TOMÁS S. VIVES ANTÓN, "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", cit., pp. 31-42), pero que sí puede suceder en algún supuesto de alarmismo: no, desde luego, como dice el legislador español, siempre que el autor obre "con ánimo de atentar contra la paz pública" (ya que aquí la intención con la que se actúe no parece lo esencial), sino más bien cuando la emisión de una falsa alarma pueda poner en peligro otros bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, patrimonio, etc.) o supraindividuales (el correcto funcionamiento de instituciones o de servicios públicos suficientemente valiosos).

limita a matar, lesionar, coaccionar, insultar, etc., sin ulterior actividad comunicativa unida a aquella, la lesividad colateral que, eventualmente, pueda producirse (aun si resultaba previsible) no debería, conforme al principio de responsabilidad por el hecho, ser tomada en consideración para determinar el grado de merecimiento de pena de su agresión. Y, por el mismo motivo, tampoco las amenazas que generan dicho efecto de inseguridad (como, por ejemplo, las reguladas en el art. 170.1 CP, delito que no invoco por casualidad, sino porque, a pesar de su tenor genérico, ha sido creado pensando en aplicarlo al “terrorismo”), si no van acompañadas del plus de comunicatividad al que he hecho referencia, deberían tener un tratamiento especialmente agravado⁷⁰.

K. Subversión armada y violencia

Pasemos, por fin, para acabar el análisis, a examinar el último componente que suele aparecer agregado al concepto usual de “terrorismo”: el componente de desestabilización política. Componente que a veces aparece explícitamente (como ocurre en la definición del Derecho positivo español, en el art. 571 CP: “*bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional*”), aunque no siempre. Pero que, desde luego, siempre está presente, de una u otra forma, en el concepto predominante de “terrorismo”, hasta el punto de que, de hecho, resulta ser el esencial: puede ser que un grupo “terrorista” –en el sentido usual del término- cometa auténticos actos terroristas (en el sentido restringido ya visto), pero ello no es necesario. Por el contrario, lo que caracteriza a todos los grupos que son calificados por los Estados occidentales como “terroristas” es su naturaleza de grupos políticos de oposición radical (constituyente) a la política, interior o exterior, de dichos Estados y el hecho de recurrir en alguna medida (muy variable) a medios que, en un sentido muy lato, son caracterizados –por esos mismos Estados- como “violentos”.

Debe observarse, en efecto, que es común a las definiciones genéricas de “terrorismo” dominantes su referencia a la “violencia” como medio empleado por los “terroristas”, que marcaría el límite entre el “terrorismo” y la “oposición (política) legítima”. Ello, naturalmente, sobre la base del principio político, propio del liberalismo democrático, de que cualquier decisión política debe ser adoptada mediante un procedimiento democrático y en ausencia de coacción⁷¹.

70 Nuevamente, el legislador español parece hacer hincapié en la parte subjetiva de la conducta, al exigir, para la aplicación del tipo cualificado del art. 170.1 CP, que “*fuesen dirigidas a atemorizar*” a un grupo social. Y, nuevamente, desde el punto de vista de la lesividad lo decisivo no es la intención con la que se amenaza, sino la idoneidad de atemorizadora de dicha amenaza, unida –por imperativo del principio de responsabilidad por el hecho propio- a alguna actividad adicional orientada a transmitir la amenaza y el temor al grupo social que constituye objetivo de la intimidación. En todo caso, es cierto que el tenor literal del art. 170.1 CP puede ser interpretado en este sentido, más objetivista.

71 HANS Kelsen, *Esencia y valor de la democracia*, Granada, Comares, (1921) 2002, especialmente pp. 7

Ahora bien, si el concepto de "violencia" no es definido y cualificado, entonces resulta inútil para proporcionar una definición suficientemente clara del fenómeno político al que se pretende hacer frente. Lo cual, por cierto, no necesariamente es un inconveniente para quienes, desde los poderes del Estado, han de emplear dicha definición para reprimir a esos opositores políticos, dado que una definición poco clara permite interpretaciones extensivas del término "terrorismo" y su aplicación a casos que no encajarían fácilmente en el concepto (aun en el sentido predominante del mismo).

En este sentido, algunas evidencias empíricas aparecen con claridad. La primera es que, aun en los casos en los que se ha hecho un esfuerzo por elaborar una definición suficientemente precisa, el concepto de "violencia" que se emplea al definir el "terrorismo" se aleja considerablemente del uso legal habitual del término. Así, por ejemplo, en la definición de "terrorismo" del art. 1.1 de de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo se incluyen los daños masivos a cosas materiales, aun cuando no amenacen a bienes jurídicos eminentemente personales, con tal de que "*puedan producir un grave perjuicio económico*"; y se incluye el apoderamiento "*ilícito*" (no necesariamente violento, por lo tanto) de medios de transporte.

Por lo demás, en segundo lugar, la tendencia habitual es a calificar como "terroristas" tanto a grupos que usan estos medios "violentos" de manera casi exclusiva o muy habitual (E.T.A., por ejemplo) y a otros que lo hacen de manera meramente esporádica, o incluso en una única ocasión (el caso de la condena por "terrorismo" contra activistas mapuches en el conflicto por la tierra en el sur de Chile es un buen ejemplo de este último supuesto)⁷².

Por fin, en tercer lugar, el concepto de "terrorismo" posee potencia expansiva, por cuanto un solo acto "terrorista" ("violento") vuelve también "terroristas" casi todas las otras acciones –i hasta las lícitas!– que sean llevadas a cabo por el grupo de oposición... o por su "*entorno*" (por usar la lamentable –por vaga– expresión acuñada en nuestra Audiencia Nacional)⁷³.

y ss., 63 y ss., 99 y ss.; GIOVANNI SARTORI, *Teoría de la democracia*, I, Madrid, Alianza Editorial, (1988) reimpresión 2005, pp. 116-121.; ROBERT A. DAHL, *La democracia y sus críticos*, Barcelona, Paidós, 1992. Críticamente, TED HONDERICH, *Terrorism for Humanity*, London – Sterling, Pluto Press, 2003, pp. 148 y ss.; WOLFGANG SOFSKY, *Tratado sobre la violencia*, Madrid, Abada, 2006.

72 ROSAMEL MILLAMÁN REINAO, "La historia oculta de los mapuches", en *Le Monde Diplomatique en español*, N° 150, abril, 2008. Otro caso similar, aunque no haya llegado tan lejos, es el intento de ilegalizar al Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (M.S.T.), en Brasil, por "*realizar actos típicos y orquestados de acciones criminales, tácticamente organizadas como si fuesen operaciones paramilitares*" (vid. *Diagonal*, 10/23-7-2008).

73 JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, "Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 ('Caso EKIN')", en *La Ley 6906*, 2008, con ulteriores referencias.

Todas estas particularidades (excepcionalidades) en el tratamiento del concepto de violencia cuando se trata de definir el “terrorismo” hacen que, en mi opinión, haya que ser extremadamente escéptico en relación con la pretendida vinculación (que, según se afirma, sería de fundamentación) entre el concepto de violencia y el concepto dominante de “terrorismo”. Pues, si reconocemos que los hechos verdaderamente violentos –hablando en términos estrictos- contra bienes jurídicos eminentemente personales que sean cometidos por los grupos opositores pueden, en principio (y con las salvedades que luego expondré), ser sancionados como tales (como homicidios, como lesiones, como secuestros, etc.), no se comprende por qué haría falta una figura delictiva diferente, la del delito de “terrorismo”, con una pena más grave, con un régimen excepcional de cumplimiento, con facultades de acción policial extraordinarias⁷⁴, con un sistema procesal de excepción... Todo ello no puede ser justificado, me parece, por el hecho de que el “terrorismo” sea un delito “violento” (en el sentido lato ya indicado); y ni siquiera cuando es un delito auténticamente –ya sin comillas- violento.

L. La subversión armada como delito político

Al contrario, sólo se puede justificar su existencia (o, al menos, se puede intentar hacerlo) por el hecho de que el “terrorista” es, como he señalado, un partisano: alguien que –como expresivamente dice el Código Penal español- subvierte el orden político constituido, al intentar sustituirlo por otro. Tal es el subtexto de todas las definiciones (dominantes) de “terrorismo”, aun en los casos en los que las mismas aparecen explícitamente ocupadas con el concepto de “violencia” y con preocupaciones humanitarias⁷⁵.

Es interesante observar, en este sentido, que cuanto mayor es la homogeneidad cultural e ideológica de aquellos actores políticos que están encargados, en un determinado sistema político, de definir el concepto de “terrorismo”, más imprecisa

74 Naturalmente, podría justificar una estrategia policial, de prevención y persecución de delitos, específica para los grupos armados con finalidad política, dada la peculiaridad de sus características criminológicas. Pero de ello no puede deducirse (contra lo que, por desgracia, es habitual hacer: JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, “La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal”, cit., p. 144) que los derechos fundamentales de los miembros y colaboradores de un grupo armado “terrorista” puedan ser limitados en mayor medida que los de cualquier otro delincuente; esto es, que el principio constitucional de proporcionalidad, que ha de justificar cada restricción de los derechos fundamentales, pueda operar de un modo diferenciado en el caso de los “terroristas”. Pues, como veremos a continuación, argumentar así lleva, casi inevitablemente, a un Derecho Penal de autor, inaceptable.

75 Apuesta también por la necesidad de repolitizar el concepto de “terrorismo” (de subversión armada), MANUEL CANCIO MELIÁ, “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *Revista General de Derecho Penal*, N° 8, 2007, pp. 35-39; *ib.*, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1894-1896.

resulta ser la definición de esa "violencia" que, según se afirma, lo caracterizaría. Así, por ejemplo, mientras que las Naciones Unidas o la Unión Europea hacen definiciones relativamente específicas de los conceptos de "violencia" y de "terrorismo"⁷⁶, los Estados Unidos de América o el Estado español⁷⁷ se conforman con definiciones extremadamente vagas⁷⁸.

Ello, naturalmente, no ocurre por casualidad, sino que, volviendo a las ideas de Sloterdijk más arriba citadas, solamente quien no se considera moralmente superior a sus enemigos se ve obligado a discutir acerca de los métodos de unos y de otros. Por el contrario, quien da por supuesta tal superioridad puede concentrar en ella la justificación que precisa para reaccionar ante el enemigo únicamente mediante la represión. Y es evidente que los Estados —que sus dirigentes— no albergan ninguna duda sobre dicha superioridad: todos los dirigentes estatales parecen ser, en este sentido, convencidos positivistas ideológicos (por emplear la terminología de Bobbio), por cuanto que no admiten duda alguna acerca de la justicia de aquello que han positivado como Derecho, cualquiera que sea su contenido.

Lo que nos lleva a lo que, en mi opinión, constituye la última —y primordial— tarea de una política criminal en materia de "terrorismo" que pretenda resultar crítica

76 Cfr. el art. 2 del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo (1999) y el art. 1.1 de la Decisión Marco del Consejo Europeo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo.

77 En el caso español, es el hecho de que, a tenor del art. 574 CP, cualquier delito cometido de manera organizada y con la "finalidad (...) de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública" constituya en principio un delito de "terrorismo" (también, por consiguiente, los delitos sin ninguna clase de violencia: un hurto o una falsedad documental, por ejemplo) lo que vuelve vago hasta el delirio el concepto legal de "terrorismo", al desvincularlo plenamente de cualquier noción de "violencia". Por supuesto, es posible, pese a todo, realizar interpretaciones restrictivas, valorativa y teleológicamente orientadas de dicho tenor literal, para llegar a soluciones más razonables. Pero, en todo caso, ello exige un esfuerzo ulterior; y, sobre todo, la voluntad (política) de hacerlo, lo cual, en un tema políticamente tan sensible como éste, ha de resultar problemático.

78 Y, más todavía, aun en el caso de un mismo actor político, la definición de "terrorismo" resulta mucho más vaga cuando no se trata de emplearla directamente en la atribución de responsabilidad penal, sino para otras políticas públicas (persecución policial o militar, por ejemplo). Cfr., por ejemplo, la definición legal de "terrorismo" en el Derecho estadounidense con la definición del F.B.I. ("*the unlawful use of force or violence against persons or property to intimidate or coerce a Government, the civilian population, or any segment thereof, in furtherance of political or social objectives*"), o con la de su Departamento de Defensa ("*the calculated use of unlawful violence or threat of unlawful violence to inculcate fear; intended to coerce or to intimidate governments or societies in the pursuit of goals that are generally political, religious, or ideological*"). Lo cual es comprensible, en vista del mucho más reducido —o inexistente— control de constitucionalidad o de legalidad que en tales supuestos soporta la definición. Pero, al tiempo, es muy preocupante, desde el punto de vista del respeto a los derechos humanos, en vista de que medidas policiales muy amenazantes para los mismos, o de las acciones militares simplemente letales, que pueden ser decididas sobre la base de reglas tan vagas.

y atenta a la interculturalidad: la de deconstruir⁷⁹ los discursos político-criminales “antiterroristas” dominantes, exponiendo sus contradicciones políticas y explorando la posibilidad de políticas criminales alternativas (¿también “antiterroristas”?) en el ámbito del conflicto político y del Derecho Penal político.

M. Políticas antiterroristas, normalización de poblaciones y responsabilidad individual

En este sentido, es necesario comenzar por advertir que las políticas criminales “antiterroristas” (esto es, aquellas políticas criminales que pretenden controlar el fenómeno del partisanismo, de la acción armada organizada con una finalidad de subversión política constituyente, mediante un tratamiento exclusivamente represivo) con excesiva frecuencia se hallan, tanto en sus formulaciones verbales como en sus aplicaciones prácticas, demasiado próximas a los dispositivos –de gubernamentalidad biopolítica- de normalización de poblaciones (en el sentido que a estas expresiones les dio Foucault). La normalización de poblaciones, en tanto que práctica de gobierno, en esencia consiste, como el mismo Foucault señala, en una determinación estadística de “lo normal” en un ámbito dado de la interacción social (digamos, del comportamiento en el conflicto político), en la evaluación diferenciada del riesgo de desviación de dicha normalidad en distintos grupos de población y en una acción gubernativa también diferenciada sobre cada uno de ellos, intentando aproximar el riesgo diferencial al estadísticamente normal. La normalización opera, pues, fundamentalmente sobre grupos de individuos, pretendiendo socializarlos, colectivizarlos como ciudadanos “normales”, que no ponen en peligro la “seguridad de la población”⁸⁰. Aunque, desde luego, la acción gubernamental normalizadora acabe repercutiendo sobre el individuo, sobre sus derechos humanos. Naturalmente, la normalización de poblaciones posee vertientes amables (la vacunación o la prevención de riesgos laborales, por ejemplo), pero también otras facetas mucho más incómodas como, por ejemplo, la eugenesia, o las políticas racistas contemporáneas (la del nacionalsocialismo, por ejemplo, tan diferente del racismo antiguo, medieval y moderno, al estar mucho más vinculado a consideraciones higienistas y securitarias específicamente normalizadoras y

79 Creo, en efecto, que lo que aquí intento tiene mucho que ver con la tarea deconstructiva propuesta por Derrida, (especialmente en JACQUES DERRIDA, *De la Gramatología*, trad. O. del Barco y C. Ceretti, México, Siglo XXI, 1998): pensar la genealogía de los conceptos y, al tiempo, determinar lo que esta historia conceptual ha sido capaz de ocultar o de reprimir.

80 MICHEL FOUCAULT, *Seguridad, territorio, población*, cit., pp. 74-87.

contemporáneas)⁸¹... o, más en general, las prácticas de “genocidio reorganizador” (normalizador)⁸².

Las políticas criminales “antiterroristas”, a veces, parecen tener mucho que ver con esta faceta oscura de la gubernamentalidad de la normalización de poblaciones. Existen, desde luego, casos palmarios. Así, por ejemplo, el caso colombiano. Obsérvese, si no:

El Reglamento de Combate de Contraguerrillas – EJC-3-10 del Ejército colombiano (aprobado por Disposición 036 del Comando General de las Fuerzas Militares, del 12 de noviembre de 1987), bajo la rúbrica de “*Composición de las fuerzas insurgentes*”, afirma: “*Dos grandes grupos se pueden distinguir dentro de las fuerzas insurgentes: población civil insurgente y grupo armado*” (p. 19). Y asimismo, al enumerar las “*fuerzas contrainsurgentes*” habla también de “*dos grandes grupos: el gobierno y la población civil que lo apoya, por un lado, y las fuerzas militares de la nación por el otro*” (p. 27). Al definir las instancias en que se desarrolla la “*Guerra de Contrainsurgencia*”, afirma: “*empleando acciones de tipo político, económico, psicológico, sociológico, militar y paramilitar*” (pp. 26-27). Igualmente, al describir la “*Organización de un Movimiento Guerrillero*”, pone en primer lugar: “*Desde el punto de vista militar (...) 1) Población civil simpatizante*”, de la que en seguida afirma: “*normalmente se organiza como movimiento sindical*” (p. 115). Afirma también tajantemente que “*la población civil, por tanto, es uno de los objetivos fundamentales de las unidades del Ejército*”. Sobre ella traza estrategias de control y sometimiento: “*la conquista de la mente del hombre, el control de sus actividades, el mejoramiento de su nivel de vida y su organización para defenderse contra amenazas, son respectivamente los objetivos de las operaciones psicológicas, de control, de acción cívica y de organización que se desarrollan a través de todas las fases de contraguerrilla*” (p. 147). La población debe ser sometida a análisis rigurosos para descubrir “*sus actitudes, el origen de las mismas, los factores externos que las gobiernan, las vulnerabilidades y susceptibilidades que puedan ser explotadas psicológicamente y las necesidades humanas que originan problemas políticos, sociales y económicos*” (pp. 307, 309, 33)⁸³.

Es sabido cuál ha sido –y sigue siendo– el resultado práctico de este género de estrategia “antiterrorista”: masivas violaciones de los derechos humanos, tanto de los

81 MICHEL FOUCAULT, *Hay que defender la sociedad*, cit., pp. 74-76, 218-225. Para el examen detallado de tales prácticas normalizadoras (que, por desgracia, hasta hoy mismo vienen siendo copiadas, aunque sea a menor escala, por diversos Estados y poderes cuasi-estatales), vid. RAUL HILBERG, *La destrucción de los judíos europeos*, Madrid, Akal, 2005.

82 DANIEL FEIERSTEIN, *El genocidio como práctica social*, cit. pp. 104-110, 207 y ss.

83 CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR, “La doctrina contrainsurgente del Estado colombiano y la población civil”, en *Banco de datos de derechos humanos y violencia política*, disponible en <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/casotipo/deuda/html/pdf/deuda01.pdf>, 2008.

miembros de los grupos armados y de sus colaboradores como de la población civil⁸⁴. En todo caso, lo más relevante, desde el punto de vista teórico, es que seamos capaces de percibir que el enfoque estratégico tiene por objeto lograr un efecto normalizador en el grupo de población: eliminando –los medios para ello, en principio, podrían ser varios- a la “*población civil insurgente*”; esto es, normalizando el grupo de población, mediante una acción que reduzca a límites “normales” el riesgo (aquí, de conflictividad política potencial) procedente de dicho sector de población⁸⁵.

Por supuesto, la réplica habitual a análisis como el que propongo es la de que estaríamos hablando únicamente de los “excesos”, y no de las políticas “antiterroristas” en sí mismas; o que, en todo caso, se trataría de estrategias solamente aplicables en situaciones, excepcionales, de completa falta de respeto a los derechos humanos por parte del Estado (de “dictaduras”, de regímenes autoritarios o “totalitarios”). Y, sin embargo, lo cierto es que calificar de “exceso” a una política sistemática, razonada, con objetivos claros y medios adecuados al servicio de dichos objetivos⁸⁶ no deja de ser una inaceptable licencia retórica⁸⁷. Y que, además, los hechos demuestran que estrategias de esta índole son diseñadas⁸⁸ y resultan aplicables –y aplicadas- tanto en regímenes políticos constitucionales, democráticos y con un catálogo de derechos fundamentales promulgado y aplicado como (evidentemente, con mayor comodidad) en otro tipo de sistemas políticos: el caso de Colombia o –por buscar un ejemplo muy diverso- el de Filipinas⁸⁹, ambos regímenes políticos constitucionales y democráticos,

84 HERNANDO CALVO OSPINA, *Colombia, laboratorio de embrujos*, Madrid, Foca, 2008. Los informes de las organizaciones de derechos humanos en el mismo sentido son abrumadores: vid., por ejemplo, AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Violencia política en Colombia: mito y realidad*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional, 1994.

85 Cfr. también, en el mismo sentido, el U.S. ARMY, MARINE CORPS, *Counterinsurgency Field Manual*, Chicago, University of Chicago Press, 2007. Sobre los efectos de esta estrategia en el caso estadounidense, puede comprobarse lo que está ocurriendo, en términos de derechos humanos, en el Irak ocupado.

86 Vid., por ejemplo, para el caso argentino, EMILIO F. MIGNONE y AUGUSTO CONTE McDONNELL, *Estrategia represiva de la dictadura militar*, Buenos Aires, Colihue, 2006.

87 Como señala COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, *Nunca más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, 8ª ed., Buenos Aires, Eudeba, reimpresión, 2008, p. 20, sólo pueden ser calificados propiamente de “excesos” aquellos delitos que son cometidos por personal combatiente con fines particulares, sin autorización de sus superiores y al margen del plan represivo. Pero no en otro caso.

88 No deberíamos perder de vista, en este sentido, el hecho de que buena parte de las estrategias “antiterroristas” normalizadoras poseen su anclaje doctrinal en la “doctrina de la seguridad nacional” y en sus desarrollos posteriores, elaboradas en los centros de pensamiento estratégico de las fuerzas armadas estadounidenses: vid. FRANCISCO LEAL BUITRAGO, “La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur”, en *Revista de Estudios Sociales (Colombia)*, N° 15, 2003.

89 PHILIPPE REVELLI, “Las fuerzas progresistas de Filipinas, en el punto de mira”, en *Le Monde Diplomatique en español*, N° 149, marzo, 2008.

resultan claros en este sentido; pero hay otros muchos ejemplos que podrían aducirse (el de las potencias coloniales frente a los movimientos de liberación nacional u, hoy, el de los Estados Unidos de América, cuando se enfrenta al "terrorismo internacional", no al interno)⁹⁰.

¿En dónde, entonces, podemos establecer el límite entre una estrategia "antiterrorista" (políticamente) normalizadora, con sus implicaciones (restrictivas) para el pluralismo, para la democracia y para la protección de los derechos humanos, y una política criminal represiva del conflicto político que sea estrictamente jurídico-penal (lo cual, por cierto, no quiere decir, todavía, que sea una buena política criminal)? En mi opinión, el criterio de distinción entre ambas clases de política debe hallarse en la medida en la que una determinada política criminal "antiterrorista" respeta, en las regulaciones legales que promueve (y, consiguientemente, en las acciones —políticas, penales, militares y/o policiales- que impulsa), el principio de responsabilidad individual. Y, por consiguiente, en la medida en que se distancia de la represión basada en la mera pertenencia a un grupo de población. En efecto, una política criminal "antiterrorista" estrictamente penal es una política en la que se distingue con nitidez entre el concepto criminológico y el concepto jurídico (dogmático) de "terrorismo". De tal manera que individuos que, desde el primer punto de vista (por razones sociológicas y psicológicas, por lo tanto) pueden ser considerados sin duda alguna como miembros o colaboradores del grupo armado o, cuando menos, como personas que objetivamente le favorecen (ellos así se consideran, son vistos así también por otros miembros o colaboradores del grupo armado, o por terceros...), no deberían serlo, sin embargo, cuando se trata de reprimir sus conductas, ya que en este último caso los ya aludidos principios, puestos en relación con el principio de lesividad, lo impiden. Así, es posible que un determinado líder sindical colombiano pueda compartir las ideas políticas de la guerrilla izquierdista. Puede, de hecho, que con ello y con su actividad sindical contribuya —y hasta lo haga con placer- a la creación de un ambiente social que propicia el reforzamiento, político y militar, del grupo guerrillero. Mas, aunque todo lo anterior fuera cierto, seguiría sin resultar justificable ninguna acción represiva contra él, ya que los únicos hechos que le podrían ser imputados objetiva y subjetivamente carecen de relevancia alguna

90 Por supuesto, también puede replicarse que ni Colombia ni Filipinas son buenos ejemplos de regímenes constitucionales, democráticos y con derechos fundamentales vigentes, acogándose para ello a un modelo normativo de democracia, de constitución y de vigencia de los derechos fundamentales que, en estos dos casos, no se alcanzaría. O que los Estados Unidos de América no aplican, en su política exterior, los principios que animan su vida política interna. Sin ánimo de entrar ahora en las polémicas de fondo (acerca de los conceptos descriptivo y normativo de democracia, vid. GIOVANNI SARTORI, *Teoría de la democracia*, I, trad. S. Sánchez González, Madrid, Alianza Editorial, 1988, reimpresión, 2005, pp. 25-27, observaré en todo caso que, en lo que ahora nos afecta, la discusión parece ser tan sólo acerca de las palabras y, por ello, carente de relevancia. Pues, sea como sea, lo cierto es que parece claro que también regímenes políticos (descriptivamente) democráticos pueden recurrir, y recurren de hecho, a este género de políticas "antiterroristas".

en términos de lesividad (o, lo que a nuestros efectos resulta equivalente, están justificados).

De lo dicho se podrá deducir que es muy difícil, casi imposible, hallar un Derecho Penal “antiterrorista” que sea puro Derecho Penal (de la responsabilidad individual y subjetiva por el hecho) y no también, en alguna medida, legislación normalizadora del conflicto político. Más bien, lo que suele existir, incluso en la propia legislación penal, es una combinación, inclinada –en una proporción mayor o menor, según los casos- en un sentido o en otro, entre represión del hecho y normalización de un grupo de población⁹¹. Así, por ejemplo, en el caso español, y aun cuando la legislación penal sustantiva parezca respetar, al menos en esencia, las exigencias del principio de responsabilidad por el hecho (no así, como veremos, los principios de lesividad y de proporcionalidad de las penas), no ocurre lo mismo con algunas de sus aplicaciones judiciales (la reciente sentencia de la Audiencia Nacional sobre el “caso Ekin” constituye un buen ejemplo de ello). Y, desde luego, poseen un sesgo notoriamente normalizador instrumentos como la forma en la que los juzgados centrales de instrucción de la Audiencia Nacional emplean las medidas cautelares restrictivas de derechos fundamentales (prisión preventiva, clausura de medios de comunicación, suspensión de partidos políticos y de asociaciones, etc.); o las (vagas) disposiciones, contenidas en el art. 9 de la Ley Orgánica 6/2002, del 27 de junio, de Partidos Políticos, relativas a la disolución de partidos políticos.

N. Subversión armada y legitimidad del sistema político

Pero debemos concentrarnos ya en la cuestión del objeto jurídico que puede ser legítimamente protegido a través de los *delitos de subversión armada* (llamados –impropiamente, como hemos visto- de “terrorismo”): esto es, aquellas conductas organizadas que, sin ser necesariamente de terrorismo en sentido estricto (si lo fuesen, tendríamos dos intereses –el humanitario y el político- en juego, que no deberían ser confundidos en una misma regulación penal), pretenden, mediante medios (más o menos) violentos, cambiar el marco constitucional (material). Esto es, en el caso límite (en que el no existe auténtico terrorismo), acciones contra personas y bienes implicados

91 Pues no debe perderse de vista que, entre normalización y responsabilidad penal del hecho, cabe un caso intermedio: un Derecho Penal de autor (del autor individual, empero). Que, en lo que a nosotros nos interesa ahora, puede ser un Derecho Penal (de autor) con función normalizadora: la inquisición, en la mayoría de sus actuaciones (delitos de apostasía, de proposiciones, de blasfemia, de supersticiones), constituyó en este sentido un ejemplo paradigmático (vid. RICARDO JUAN CAVALLERO, *Justicia inquisitorial*, Barcelona, Ariel, 2003, pp. 65 y ss.). Obviamente, en nuestros días no suelen darse casos puros de Derecho Penal de autor con finalidad exclusivamente normalizadora. Sin embargo, sí que aparecen supuestos ambivalentes: la interpretación extensiva del delito de colaboración con banda armada, por ejemplo, en nuestro Ordenamiento, puede estar cumpliendo de hecho tal función.

más o menos directamente en el conflicto armado: violencia contra líderes políticos, fuerzas militares o policiales, funcionarios del Estado implicados en el conflicto, civiles implicados (informadores, fabricantes de armas, etc.), bienes del Estado o de otros sujetos implicados, etc.; violencia que puede conllevar, sin embargo, daños colaterales a civiles (no deliberadamente buscados), pero que respete, no obstante, los límites impuestos por el art. 3 Común de los Convenios de Ginebra.

En estos casos, si queremos delimitar un objeto jurídico que pueda merecer legítimamente protección jurídico-penal, respetando al tiempo las exigencias del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, nos veremos obligados ineludiblemente a enfrentarnos a la compleja cuestión de la legitimidad política. Hablar de legitimidad de una decisión o de una acción significa, en suma, referirse a las razones morales –esto es, no meramente instrumentales- que se pretende (por parte de alguien)⁹² que justifiquen la obediencia a dicha decisión y el consentimiento a dicha acción⁹³. Y la legitimidad pretendida es de naturaleza política (en un contexto político moderno) si, en primer lugar, las razones morales alegadas tienen que ver con la autoridad de quien dicta la decisión o realiza la acción (es decir, con el reconocimiento de su derecho a controlar los comportamientos ajenos)⁹⁴. Y si, en segundo lugar, además dicha autoridad se apoya en razones “políticas”⁹⁵: en la identidad del sujeto que la ostenta o reclama (en sus vínculos con la fuente de la soberanía), en los fines –“políticos”- que persigue⁹⁶ y en su forma de actuar (respetando los límites que se hayan (auto)impuesto a “lo político”).

En este contexto, preguntarse acerca del bien jurídico que puede merecer legítimamente protección en los delitos de subversión armada equivale a preguntarse acerca de las razones morales en virtud de las que debería acatarse un determinado

92 Como señala NIKLAS LUHMANN, *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp – Frankfurt, ed. A. Kieserling, 2002, pp. 319-323, hablar sobre legitimidad política es hablar sobre cómo el sistema político –sus agentes- se describe y se observa a sí mismo.

93 MAX WEBER, *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, 2ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993, pp. 170-172 y 705-706; IGNACIO SOTELO, “Estado moderno”, en ELÍAS DÍAZ y MIGUEL ALFONSO RUIZ, (eds.), *Filosofía política, II: Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 2004, 1996, pp. 37-39; OLIVIER BEAUD, “Soberanía”, en RAYNAUD, PHILIPPE y RIALS, STÉPHANE (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. M. Peñalver y M.-P. Sarazin, Madrid, Akal, 2001, pp. 742-744.

94 JAMES COLEMAN, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, p. 66; JAVIER RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, “Autoridad (Tipos de)”, en GINER, SALVADOR, LAMO DE ESPINOSA, EMILIO y TORRES, CRISTÓBAL (eds.), *Diccionario de Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, reimpresión, 2002, pp. 48-49; HANNAH ARENDT “¿Qué es la autoridad?”, en *Entre el pasado y el futuro*, trad. A. Poljak, Barcelona, Península, 2003, pp. 145 y ss.

95 OLIVIER BEAUD, “Soberanía”, cit., pp. 742-744.

96 PHILIPPE PORTIER, “Autoridad”, cit., pp. 67 y ss.

marco político constitucional⁹⁷. O, en otras palabras, acerca de las razones morales por las que no se debe llevar a cabo una revolución... al menos, una que resulte —en alguna medida, como hemos visto— violenta.

Planteo la cuestión en estos términos intencionadamente, para poner de manifiesto, en primer lugar, que, aunque habitualmente suele orillarse la cuestión, lo cierto es que, si los delitos de subversión armada (cuando no constituyen auténticas conductas de terrorismo, en el sentido visto) poseen inequívocamente un objetivo de represión de ciertas prácticas políticas, entonces las razones que pueden justificarlos, en tanto que restricciones de la libertad de los individuos y de los grupos, deberán ser también de naturaleza política. Y dichas razones deberán tener que ver bien con la legitimidad del sistema político que se pretende subvertir; bien con los medios que se pretenden emplear para transformarlo en otro; o bien, en fin, con las características que se pretende que posea el sistema político que se derive de la revolución.

En segundo lugar, si son tales clases de razones, y no otras, las que hay que emplear en esta discusión político-criminal, resultará imposible discutir sobre ello en abstracto, de un modo que prescinda de las circunstancias históricas concretas, puesto que sin dicha referencia al momento y lugar histórico de que se trate nada decisivo puede ser dicho acerca de la legitimidad política. Así pues, es imposible justificar político-criminalmente la lesividad de las conductas reguladas por delitos de subversión armada si no se hace referencia a un determinado régimen político, en un momento histórico concreto.

Por supuesto, lo hasta aquí dicho implica rechazar desde el principio el pensamiento hiper-estatista (representado paradigmáticamente por Carl Schmitt, apoyándose en una lectura muy específica de Hobbes)⁹⁸ que hipostasias al Estado y lo concibe como el instrumento técnicamente idóneo, por antonomasia, para la realización de la política; y que, por consiguiente, entiende que su estabilidad constituye siempre per se un bien moral, merecedor de protección. Pensamiento éste que, aun cuando no sea sostenido de modo tan explícito, está presente también —aunque, como tantas otras veces, de un modo vergonzante— en el seno del liberalismo democrático: véase, si no, qué otra cosa subyace a la tesis de John Rawls acerca del “deber natural” (moral)

97 Obsérvese que la cuestión no es la genérica de la obediencia a la ley, sino la mucho más específica de la sumisión a la constitución (material). Pues las posiciones sobre uno y otro problema, aunque relacionadas, pueden resultar (relativamente) independientes: puede defenderse un determinado criterio para establecer la legitimidad del marco constitucional y otro (relativamente) distinto para determinar si una norma jurídica en concreto lo es.

98 CARL SCHMITT, *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, ed. J. L. MONEREO PÉREZ, trad. F. J. CONDE, Granada, Comares, 2004, pp. 25-33 y 59-63.

de obedecer leyes injustas⁹⁹; y, a fortiori, de abstenerse de emplear la violencia para combatirlas¹⁰⁰.

Así pues, la existencia del Estado, su estabilidad y su específica forma constitucional son todos ellos problemas de racionalidad práctica que exigen una argumentación y una justificación de naturaleza moral, si es que se pretenden aducir luego como valores que sean fuente de legitimidad política y de obediencia. Y que, por consiguiente, son también siempre causa de división de opiniones y de diversidad de concepciones políticas, en cualquier auditorio (mínimamente amplio y diverso y no sometido a coacción). Pues, en contra de lo que el liberalismo contractualista sostiene, me parece evidente (tanto por razones teóricas –la imposibilidad, en ausencia de coacción, de una auténtica "moralidad colectiva"¹⁰¹- como en atención a la evidencia empírica) que ni es posible un verdadero "consenso entrecruzado", basado en razones morales, que sostenga una determinada concepción de la justicia común a todos los miembros de la comunidad política¹⁰²; ni tampoco se pueden hallar razones por las que una de dichas concepciones, aunque no todos la sostengan efectivamente, haya de

99 JOHN RAWLS, *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, 2ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995, reimpresión, 2002, pp. 320-325.

100 Vid. la –a mi juicio- convincente crítica de TED HONDERICH, *Terrorism for Humanity*, London – Sterling, Pluto Press, 2003, pp. 77-82.

101 Es imposible explorar aquí las razones que sustentan esta afirmación (metaética). Me limitaré, por ello, a hacer referencia a las fuentes teóricas de las que he bebido para llegar a hacerla: cfr. SIMON BLACKBURN, *Spreading the Word*, Oxford, Oxford University Press (1984), reimpresión, 1990; *Id.*, *Essays in Quasi-Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993; *Id.*, *Ruling Passions*, Oxford, Oxford University Press, 1998; JEFFREY MINSON, *Genealogies of Morals*, New York, St. Martin's Press, 1985; BERNARD WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985; ALLAN GIBBARD, *Wise Choices, Apt Feelings*, Cambridge, Harvard University Press, 1990; *Id.*, *Thinking How to Live*, Cambridge, Harvard University Press, 2003; JOHN RAJCHMAN, *Truth and Eros: Foucault, Lacan, and the Question of Ethics*, New York, Routledge, 1991; WILLIAM E. CONNOLLY, *The Augustinian Imperative*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1993; PIERRE HADOT, *¿Qué es la filosofía antigua?*, trad. E. Cazenave Tapie Isoard, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1998; PIERRE HADOT, *Ejercicios espirituales y filosofía antigua*, trad. J. Palacio, Madrid, Siruela, 2006; THOMAS OSBORNE, *Aspects of Enlightenment*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1998; MICHEL FOUCAULT, *Historia de la sexualidad, II: El uso de los placeres*, trad. M. Soler, Buenos Aires, Siglo XXI, 1984, pp. 26 y ss; MICHEL FOUCAULT, *Historia de la sexualidad, III: La inquietud de sí*, trad. T. Segovia, Buenos Aires, Siglo XXI, 1987, pp. 38 y ss; *Id.*, "La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad", en *Estética, ética y hermenéutica*, ed. y trad. A. Gabilondo, Barcelona, Paidós, 1999, pp. 393 y ss.; *Id.*, *Hermenéutica del sujeto*, ed. F. Gros, trad. H. Pons, México, Fondo de Cultura Económica, 2002; *Id.*, *Discurso y verdad en la antigua Grecia*, trad. F. Fuentes Megías, Barcelona, Paidós e I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2004; ALICE CRARY, *Beyond Moral Judgment*, Cambridge - London, Harvard University Press, 2007.

102 Como es sabido, tal es la tesis de RAWLS, *El liberalismo político*, trad. A. Doménech (1996), Barcelona, Crítica, reimpresión, 2004, pp. 165 y ss. (que si es –como puede, efectivamente, serlo- entendida en un sentido fuerte, no débilmente consensualista, implicaría que es posible una moralidad colectiva, limitada, que justificaría moralmente, y de un modo vinculante para todos los miembros de la comunidad política, determinadas decisiones adoptadas por el Estado).

resultar moralmente obligatoria para todos ellos¹⁰³. Por lo tanto, en ausencia de actos de poder de unos individuos o grupos sobre otros (que les obliguen a someterse a una determinada “moralidad colectiva”: vale decir, a una moralidad hegemónica), lo único que cabe esperar en el ámbito político es, en el mejor de los casos, un acuerdo concluido (entre todos aquellos actores políticos con poder suficiente para hacerse presentes en el conflicto) principal o exclusivamente por razones instrumentales (para entendernos: al modo del *pactum subiectionis* de Hobbes)¹⁰⁴.

O. Subversión armada y liberalismo político: ¿“Derecho Penal del enemigo”?

No es éste, desde luego, el lugar para examinar a fondo todas estas cuestiones centrales de la Filosofía Política. Convenía, no obstante, llamar la atención sobre los principios expuestos, porque los mismos nos permiten centrar la cuestión de la esencia de la subversión armada y de la justificación moral que puede existir (o no) para reprimirla. Pues un hecho que debería resultar llamativo (alarmante, diría mejor) en la discusión político-criminal acerca del “terrorismo” es el de que la teoría política (liberal) contractualista sea invocada con tanta frecuencia como argumento moral decisivo en favor de un tratamiento excepcionalmente represivo de las conductas de subversión armada. No otro es el esquema de razonamiento en favor del llamado “*Derecho Penal del enemigo*” (por cierto: el esfuerzo más serio que se ha emprendido hasta ahora para justificar la excepcionalidad penal en la materia): apoyándose explícitamente en un paso de Kant en *Sobre la paz perpetua*¹⁰⁵, Jakobs aduce que el argumento moral principal, en favor de un Derecho Penal de excepción¹⁰⁶, puramente instrumental, frente

103 Ésta es la tesis de Kant, hoy continuada por autores como THOMAS NAGEL, *Igualdad y parcialidad*, trad. J. F. Álvarez Álvarez, Barcelona, Paidós, 1996; CHRISTINE KORSGAARD, *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press (1996), 2004; T.M. SCANLON, *Lo que nos debemos unos a otros*, trad. E. Weikert García, Barcelona, Paidós, 2003.

104 Por supuesto, una cuestión distinta es que el contenido de dicho acuerdo pueda, de hecho, ser justificado (por algunos –actores u observadores– ... pero no necesariamente por todos) también moralmente.

105 IMMANUEL KANT, *Sobre la Paz Perpetua*, trad. J. Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 1795, pp. 51-52, n. 3.

106 GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas. 1996, pp. 84-85; *ib.*, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. E. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM y Civitas. 1997, pp. 322-323; GÜNTHER JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, trad. M. Cancio Meliá, en *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid, Civitas. 2006, pp. 42-43, hace hincapié en la importancia de separar claramente este Derecho Penal de excepción del Derecho Penal común (“para ciudadanos”), para evitar la contaminación de éste. Por desgracia, me temo que, al igual que ocurre con la convivencia de cultivos transgénicos y no transgénicos en un mismo ecosistema, también la convivencia de las dos clases de Derecho Penal en un mismo ordenamiento jurídico hace prácticamente inevitable tal contaminación.

a aquellos individuos que no pueden ser considerados como "personas" suficientemente socializadas en el seno de la comunidad política, estriba en que dichos individuos, al negarse a participar del contrato social (vale decir: al negarse a aceptar —y hacerlo con actos, no sólo con pensamientos o meras palabras- la concepción hegemónica de la justicia), lesionan ya por ello a todos los miembros de la comunidad política que sí que aceptan el contrato, al generar así una inseguridad en sus expectativas acerca de la firmeza del mismo¹⁰⁷. (Además, existe un argumento instrumental, adicional, en favor de dicho Derecho Penal de excepción, que tiene que ver —aunque Jakobs no lo exprese en estos términos- con las consecuencias del conocido "dilema del prisionero" en la cooperación social: un contrato no suficientemente asegurado (coactivamente) crea incentivos racionales en todos los participantes para defraudarlo... lo que, a la larga, pone en riesgo la cooperación social misma).^{108 109} Una argumentación que, con una terminología menos hegeliana, está muy presente en todo el pensamiento liberal acerca del "terrorismo"¹¹⁰.

Y, sin embargo, aun cuando hubiera que aceptar —cosa que no creo- la fundamentación contractualista de la legitimidad política, en todo caso sería muy discutible que en virtud de ella hubiese que llegar necesariamente a conclusiones tan extremas, como las que Jakobs y tantos otros extraen¹¹¹. Pues, contra lo que se presume, la decisión de tratar de forma diferenciada al delincuente "común" (aún "ciudadano") y

107 GÜNTHER JAKOBS, "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo", cit., pp. 27-41; *ib.*, "¿Terroristas como personas en Derecho?", trad. M. Cancio Meliá, en *Derecho penal del enemigo*, cit., p. 80; *ib.*, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2006, pp. 171-176; *ib.*, *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, trad. M. Cancio Meliá, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, II, Buenos Aires, Edisofer, 2006, pp. 104-109.

108 GÜNTHER JAKOBS, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", cit. p. 298; *ib.*, "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo", cit., pp. 35-36 y 64-67; *ib.*, *La pena estatal: significado y finalidad*, cit., p. 168; *ib.*, *¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad*, II, cit., pp. 109-113.

109 No resulta claro cuál de los dos argumentos es más fuerte para la justificación pretendida de dicho Derecho Penal de excepción. En mi opinión, para Jakobs es más decisivo el argumento instrumental, de la pretendida necesidad de esta clase de normas, sin la cual el argumento moral le resultaría insuficiente. Como el propio Jakobs dice, "el desarrollo hacia lo instrumental no puede detenerse con lamentos" (GÜNTHER JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, cit. p. 71).

110 Muy explícitamente, cfr. MICHAEL PAWLIK, *Der Terrorist und sein Recht*, München, Beck, 2008, pp. 22 y ss., quien encarna, a mi entender, paradigmáticamente la mixtura perversa entre Derecho Penal y guerra —mucho más allá, diría yo, de lo que Jakobs propugna- tan cara a una parte importante del pensamiento liberal cuando ha de afrontar el problema de la subversión.

111 Vid. un amplio resumen del estado del debate (que, dado lo inabarcable de la producción bibliográfica acerca de las propuestas de Jakobs, ya ha quedado atrasado) en MANUEL CANCIO MELIÁ/ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Derecho Penal del enemigo*, Buenos Aires, Edisofer, 2006.

al delincuente “enemigo” (la decisión en pro de la excepcionalidad penal, en suma) no es evidente de suyo, sino que constituye siempre una decisión moralmente fundada¹¹², en las consecuencias que, según una determinada teoría de la justicia penal, debe tener un determinado modo de incumplir el contrato social¹¹³. Además, y aun si se asumiese dicha decisión de crear un Derecho Penal de excepción, el lugar en el que debería ubicarse el límite entre una y otra clase de Derecho Penal no es en absoluto evidente, sino que parece depender de un juicio acerca de la actitud del infractor. Así, en concreto, la diferencia entre el delincuente “común” y el partisano (“terrorista”) –y, más en general, todos aquellos a quienes Jakobs denomina “*enemigos*”- parece ser del mismo tipo que la que existe, en cualquier juego (también en el político), entre los que Huizinga denominó el individuo “tramposo” y el individuo “aguafiestas”: mientras que el primero hace como que juega y, por consiguiente, “*reconoce, por lo menos en apariencia, el círculo mágico del juego*”, el segundo se niega a jugar, rompe las reglas del juego... tal vez para intentar crear otro juego, con reglas diferentes¹¹⁴. Se comprenderá que, en realidad, se trata en todo caso de consideraciones que no tienen que ver con los hechos llevados a cabo por los “enemigos” (que no tienen por qué ser más graves: que, en el caso del “terrorismo”, los que realiza un asesino en serie o una organización mafiosa, por ejemplo), sino más bien con su personalidad (Derecho Penal de autor).

Así pues, incluso desde una perspectiva política contractualista, el único argumento realmente sólido en favor de un Derecho Penal excepcional para ciertos grupos de delincuentes internos¹¹⁵ (o, incluso, para un tratamiento no jurídico-penal,

112 Esto, por cierto, lo acepta Jakobs, admitiendo que, precisamente por ello, se pueda tratar a individuos que ontológicamente son “enemigos”, pese a todo, como “ciudadanos”: cfr. GÜNTHER JAKOBS, “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo”, cit., pp. 50-54; *Id.*, *La pena estatal: significado y finalidad*, cit., pp. 180-182.

113 Más aún: no resulta en absoluto evidente *a priori* cuál es la frontera conceptual entre el Derecho Penal común y el Derecho Penal excepcional (más allá del rasgo, vacío en sí mismo de referencia empírica alguna, de que este último es el que contiene disposiciones diferentes y más graves que aquél). Así pues, todo, por lo que al Derecho Penal de excepción se refiere, tiene que ser discutido, necesariamente, en términos morales. Vid., al respecto, JOSÉ RAMÓN SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, P.P.U., 1988, pp. 97 y ss.); GUILLERMO PORTILLA CONTRERAS, *Mutaciones del Leviatán*, Madrid, Akal, 2005; LUIGI CORNACCHIA, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, en *Derecho Penal del enemigo*, I, cit., pp. 420 y ss.; PATRICIA FARALDO CABANA ET ALT., *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007; JUAN CARLOS CAMPO MORENO/ JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

114 Cfr. JOHAN HUIZINGA, *Homo ludens* (1938), trad. E. Imaz, Madrid, Alianza Editorial, 2007, pp. 25-26. Como Huizinga apunta, los participantes en el juego perdonan antes a aquél que a éste, pues el “aguafiestas” “*les deshace su mundo*”.

115 La cuestión es más complicada en el caso del “terrorismo internacional”, ya que, como ha sido puesto de manifiesto por muchos críticos, el contractualismo liberal tradicionalmente (e intencionadamente)

sino puramente bélico)¹¹⁶ que podría aducirse sería más bien el de la extraordinaria dificultad para que las penas —las penas "comunes"— pudieran cumplir su función (eso que Jakobs denomina "comunicación personal") frente a ellos. Es decir, un argumento atinente a la (mayor) necesidad de pena (y, en general, de intervención penal). Argumento que, en alguna medida, resulta atendible (concretamente: en la misma medida en que lo sea, en general, en cualquier supuesto de verdadera delincuencia organizada). Pero, en efecto, sólo en alguna medida: ni permite, en mi opinión, prescindir de la cuestión de la justificación moral de la pena (ni, en general, de todas las restricciones de libertad que se deriven de la intervención penal excepcional); ni puede ser aceptado en términos absolutos, sin una discusión detenida acerca de su fundamento empírico; ni tampoco, en fin, ha de llevar necesariamente a las conclusiones radicales que son precisas para justificar un Derecho Penal de excepción.

ha permanecido en general ciego a los problemas de justificación moral del orden internacional, ante los que hasta los contractualistas más conspicuos se volvían furibundos realistas, hiper-estatalistas (vid., por todos, ALLEN BUCHANAN, *Justice, Legitimacy, and Self-Determination. Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 17-22); WILL KYMLICKA, *Fronteras territoriales*, trad. K. Pérez Portilla, Madrid, Trotta, 2006, pp. 35-45). Debido a ello, es obvio que para ese pensamiento (seudo-) "contractualista" más clásico no existía problema alguno para justificar una reacción puramente bélica ante el enemigo externo... precisamente, porque en este aspecto no es verdaderamente contractualista. Kant era, sin embargo, la excepción en este sentido, al intentar enfrentarse ya en el período del contractualismo clásico a los problemas de legitimidad política del orden internacional: KANT, *Sobre la paz perpetua*, cit., pp. 52-58. En todo caso, hoy existen ya serios intentos, dentro del mismo marco teórico contractualista, de corregir esta situación, de los que el de John Rawls es el más conocido. Sin embargo, aun este intento resulta prácticamente inútil a los efectos que aquí nos interesan, pues el concepto de "pueblo decente" que Rawls emplea, al resultar descaradamente etnocéntrico, acaba por justificar, frente al "terrorismo internacional", el mismo género de tratamiento, puramente bélico, que el hiper-estatalismo justificaría también. Cfr., a este respecto, JODY GREENE HOSTIS, "Humani Generis", en *Critical Inquiry*, 34, 2008, acerca del uso y abuso del concepto de "decencia" en el tratamiento de los enemigos políticos de las potencias políticas dominantes. Y, para una crítica global del "cosmopolitismo liberal", vid. DANILO ZOLO, *Cosmópolis*, trad. R. Grasa y F. Serra, Barcelona, Paidós, 2000; CHINA MIÉVILLE, *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Chicago, Haymarket, 2005, especialmente las pp. 304 y ss.); RAFAEL SÁNCHEZ FERLOSIO, *God & Gun. Apuntes de polemología*, Madrid, Destino, 2008.

116 En realidad, habría una segunda razón (compatible con el contractualismo) que prácticamente obligaría a enfrentar al partisano exclusivamente por medios bélicos, además de la que en el texto se apunta (que permitiría, pero no obligaría a hacerlo): la situación de necesidad. Lo que, en este ámbito, obliga a abrir el debate sobre el alcance que ha de tener el *estado de excepción*, cuando lo que está en juego es la propia subsistencia (¿del Estado, del sistema político..., de los derechos humanos?): vid., sobre las cuestiones políticas subyacentes, GIORGIO AGAMBEN, *Estado de excepción*, trad. A. Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2004. De cualquier modo, y a pesar del alarmismo predominante en muchos discursos públicos, es imposible pensar hoy verdaderamente que, en ningún panorama actualmente imaginable, los "terroristas" puedan llevar a la estabilidad política de Occidente —ni internamente ni en el plano internacional— a tal nivel de precariedad. Por lo que no creo que merezca la pena discutir en serio este argumento. Cfr., sin embargo, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Barcelona - Madrid, Civitas, 2001, pp. 165-167, quien se apoya fundamentalmente en este argumento para aceptar la (eventual) legitimidad de un Derecho Penal de excepción.

Así, en primer lugar, por lo que hace a la cuestión moral, si, como hemos visto, los argumentos puramente políticos (derivados del pretendido fundamento –contractual- de la obligación política) no justifican per se ningún tratamiento jurídico-penal de excepción para “enemigos” o “terroristas”, entonces hay que volver a los principios político-criminales (morales) generales, para ver si los mismos lo justifican. Lo que no es el caso: de acuerdo con (mi interpretación de) el principio de lesividad, la lesividad de la conducta incriminada y sancionada constituye una condición necesaria para la intervención penal, aunque no suficiente, por lo que la necesidad de pena no puede justificar por sí sola ningún género de intervención (sino que, al contrario, si no concurre la necesidad de pena, la lesividad deberá quedar sin sanción). Y, de acuerdo con (mi interpretación de) el principio de proporcionalidad de las sanciones, la sanción correspondiente a un hecho dado deberá moverse siempre dentro del margen de lo proporcionado al merecimiento, a la gravedad del hecho, de manera que la necesidad de pena únicamente podrá servir como criterio para determinar más la pena (reducir el marco penal) o para reducirla (por falta de necesidad de pena), pero no para elevarla.

En segundo lugar, la afirmación –pretendidamente empírica, en principio- de que ciertos grupos de individuos no pueden ser enfrentados adecuadamente a través de las penas (y los delitos, y el proceso, y las facultades policiales, y el régimen penitenciario) “comunes”, enunciada en términos tan tajantes, debe ser puesta en cuestión. Y ello, porque la misma depende, me parece, de presupuestos que pueden y deben ser discutidos: de una comprensión inadecuada de los fines de las penas, de una concepción de la sociedad y de la política que yo calificaría de comunitarista y de una escasísima sensibilidad hacia el hecho y el valor del pluralismo (no sólo del pluralismo “razonable”: vale decir, no conflictivo)¹¹⁷. Dicho en otros términos: es posible que muchos “terroristas” de E.T.A. –el famoso José Ignacio de Juana Chaos, por ejemplo- resulten efectivamente intratables en el marco del Derecho Penal español vigente, pero creo que la dificultad no tiene tanto que ver con el Derecho Penal ni con las penas, cuanto con el contexto político en el que el mismo ha de ser aplicado; un contexto en el que las ideas políticas de tal persona no tienen, desde luego, cabida.

Por fin, en tercer lugar, aun si resultase incuestionable, el argumento de la mayor necesidad de pena no llevaría por sí solo a la conclusión radical de que es necesario un

117 De hecho, el “enemigo”, en cuanto construcción cultural, no es otra cosa que el correlato contemporáneo del “salvaje” (el “hereje”, el “subversivo”, el “comunista”... el “terrorista”: a su vez, racionalización de las inquietantes figuras de los bestiarios antiguos y medievales) del clásico pensamiento etnocéntrico occidental (vid. TZVETAN TODOROV, *La Conquista de América. El problema del otro*, trad. F. Botton Burlá, Madrid (1987), Siglo XXI, reimpresión, 1999: mitad hombre y mitad bestia, con quien es imposible comunicarse adecuadamente (“personalmente”)... y que, además, resulta tanto más amenazante cuanto, por su aparente humanidad (civilidad), puede infiltrarse, mezclarse, aparentar ser uno de nosotros. Obviamente, al lado de esta corriente de pensamiento, etnocéntrica, ha existido en Occidente también siempre otra forma menos simplista, más respetuosa, de pensar en el otro: al lado de Vicente Ferrer o de Ginés de Sepúlveda, existió también un Bartolomé de las Casas.

Derecho Penal de excepción. Puede llevar a ella, desde luego, pero sólo si se combina con otros argumentos (políticos o de Derecho Penal de autor), que ya hemos visto que no pueden ser aceptados. De otro modo, y al igual que ocurre en otros muchos supuestos en los que concurre una especial necesidad de pena (otros casos de delincuencia organizada, por supuesto, pero también otros: "psicópatas", ciertos grupos de delincuentes sexuales y de criminalidad empresarial, etc.), lo único que permite justificar este argumento por sí solo es: una pena algo más elevada (siempre dentro de los límites aceptables conforme al principio de proporcionalidad de las sanciones); o que exista el delito cuando, en otro caso, dada la relativamente baja lesividad —en general, merecimiento de pena- del hecho, su existencia no se justificaría. Y nada más: ni delitos diferentes, ni penas significativamente más altas; ni, mucho menos, una regulación procesal, un régimen penitenciario o unas facultades policiales (restrictivas de derechos fundamentales) excepcionales¹¹⁸.

P. Subversión armada y estabilidad del sistema político

Por lo tanto, no existe, en mi opinión, razón alguna por la que haya que apartarse, en la discusión acerca de la política criminal a aplicar en materia de subversión armada, de los métodos y argumentos usuales para otras clases de conductas cuya incriminación se discute. No hay, pues, ningún motivo atendible para sustituir la lógica de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad por una diferente, basada en la idea de "fidelidad al Derecho" (o, lo que es lo mismo, de deslealtad respecto del contrato social), idea que, como hemos visto, resulta políticamente rechazable y empíricamente cuestionable.

Ahora bien, si volvemos, entonces, a la cuestión que debería ocuparnos de manera central en esta discusión, que no es otra, como decía, que la de la lesividad (de las conductas de subversión armada, respecto de los bienes jurídicos legítimamente protegibles en el Derecho Penal político), hay que observar que, en realidad, nada de lo hasta aquí dicho permite afirmarla, por lo que hace falta un análisis (político-criminal) más detenido. En efecto, si nos tomamos en serio, también en el ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales, y en el del Derecho Penal político, las exigencias de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de lesividad, hay que exigir, para que una conducta pueda ser castigada, como conducta de lesión o de peligro

118 Intento argumentar —sólo sumariamente - la última parte (la relativa a la policía, al proceso y a la ejecución de la pena) de esta afirmación en JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", cit., pp. 147-149.

concreto contra el bien jurídico protegido en el Derecho Penal político, que, primero, exista algún bien jurídico que pueda ser protegido legítimamente (exigencia de bien jurídico); y, segundo, que la conducta en cuestión —aquí, la de subversión armada— afecte de forma relevante a dicho bien (exigencia de lesividad).

Así, por lo que hace a la exigencia de lesividad, aunque ciertamente son varias las formas en las que puede ser definido el bien jurídico protegido en el Derecho Penal político, en cualquiera de dichas definiciones que resulte aceptable (porque sea lo suficientemente detallada, concreta y materialista)¹¹⁹, el contenido de dicho bien tendrá que ver con la estabilidad del sistema político (de un determinado sistema político). Esto es, con la preservación de una serie de pautas de comportamiento institucional y ciudadano en la adopción de decisiones políticas. Y ocurre que, salvo en casos extremos, la mayoría de las conductas de subversión armada (no terrorista) que suelen ser englobadas en los tipos penales de “terrorismo” no poseen aptitud suficiente por sí solas¹²⁰ para afectar a dicha estabilidad. No la tienen, claro está, por la situación prácticamente universal de inferioridad militar de los grupos armados no estatales frente a las fuerzas militares y policiales de los Estados a los que combaten. Y porque, además, estos últimos suelen disponer también de otros muchos recursos,

119 Aquí, la condición de materialismo exigida en el texto no posee específicas connotaciones filosóficas relativas al debate entre materialismo e idealismo (aunque, sin duda, algo tenga que ver con el debate, propio de la filosofía contemporánea de la ciencia, sobre el reduccionismo fisicalista). Por el contrario, de lo que se trata únicamente es de pedir que las definiciones de los bienes jurídicos, para que resulten útiles, tanto para el debate político-criminal como para la interpretación dogmática, se formulen haciendo referencia a hechos empíricamente verificables. Por ejemplo: se puede definir el bien jurídico en términos muy ideales (“*la persistencia de la existencia humana en el mundo temporal*”, por ejemplo) o en términos muy materiales (“*el mantenimiento del funcionamiento de los órganos vitales —del cerebro, fundamentalmente— de los individuos de la especie humana*”). Y, aunque las dos definiciones puedan ser consideradas como sinónimas, mi tesis es que la segunda resulta mucho más útil para la política criminal que la primera.

120 En alguna ocasión, llegan a adquirirla por una confluencia de factores que hacen que su actuación resulte más desestabilizadora de lo que sería esperable, dado su potencial *ex ante*: así, por ejemplo, una actuación de un grupo armado relativamente reducida desde el punto de vista militar, en un contexto político inestable, puede combinarse con otros factores para producir un efecto político muy intenso (un golpe de Estado, una revolución, etc.). Sin embargo, quien quiera atribuirle todo el efecto desestabilizador a aquella acción armada, se habrá de topar con el principio de responsabilidad por el hecho (propio), ya que se estaría imputando a un individuo o grupo de individuos consecuencias que no dependían principalmente de su acción, sino ante todo de las acciones de terceros (en el trabajo, más arriba citado, que tengo en preparación argumento más detenidamente acerca de esta cuestión). Expresado en un ejemplo: si E.T.A., a finales de los años setenta o comienzos de los años ochenta del siglo pasado, hubiese “logrado” que las Fuerzas Armadas españolas dieran un golpe de Estado y derrocasen el régimen constitucional, sería contrario al principio de responsabilidad por el hecho atribuirles tal efecto desestabilizador, dado que la propensión golpista de los militares españoles habría sido, en cualquier caso, el factor causal principal de dicha desestabilización (hasta el punto de que, tal vez, las acciones armadas de E.T.A. resultasen ser un mero pretexto, ni siquiera un motivo auténtico, de su acción golpista).

no militares (económicos, propagandísticos, etc.), que les permiten gozar casi siempre –descontados también algunos casos extremos- de un amplio bagaje de legitimidad política frente a buena parte de la población. Por todo ello, si nos tomamos en serio la exigencia de lesividad también en el ámbito de los bienes jurídicos supraindividuales (que, evidentemente, no puede consistir tan sólo, como hemos visto, en las percepciones más o menos fundadas que ciertos individuos o grupos puedan tener: esto es, en una mera sensación de inseguridad), afirmar, en la mayor parte de las ocasiones, que los grupos armados desestabilizan el sistema político es sencillamente falso. No porque no quieran, claro está, sino porque no pueden.

En este sentido, acerca del concepto de desestabilización sistémica y su relación con el concepto de lesividad (jurídico-penalmente relevante), me limitaré a recordar aquí lo que en otro lugar he expuesto más detenidamente:

A la hora de determinar si una conducta es lo suficientemente lesiva para un bien jurídico como para que se justifique su incriminación, *"de lo que se trata –afirmaba yo- es de evaluar el riesgo de que una determinada acción (de las que cuestionan una pauta de conducta relevante para el sistema social y elevada a bien jurídico, y que ha producido un efecto –más o menos intenso- de defraudación de expectativas normativas) posea una comunicatividad tal que produzca un efecto desestabilizador en el sistema. En este sentido, se puede hablar de desestabilización del sistema para aludir a los supuestos (y a la medida) en que, dada la dinámica –más o menos generalizada- adquirida por los procesos de comunicación propios del sistema, la constitución de expectativas pierde, en mayor o menor medida, su capacidad de orientación para los participantes en la comunicación. En el caso límite, ello significa que dichos participantes se ven sujetos a expectativas contradictorias. Y en tal situación la comunicación se vuelve problemática, improbable; y el sistema pierde (en mayor o menor medida) su potencialidad para reducir los niveles de complejidad y de contingencia en los que se mueven los sujetos. De manera que, en tales condiciones, la desestabilización sólo es aceptable si tiene lugar una homeostasis adecuada dentro del sistema: una retroalimentación que altere los patrones de la comunicación en una medida adecuada para la conservación del sistema. Así pues, frente al surgimiento de expectativas contradictorias sólo dos opciones son plausibles: o la confirmación de (alguna(s) de) las expectativas, o la alteración de la dinámica de la interacción propia del sistema. Naturalmente, ambas opciones están en principio abiertas, siendo una cuestión de justificación moral e instrumental la de por cuál se opta. De todos modos, el supuesto que, por definición, aquí nos interesa es aquél en el que la pauta de conducta cuestionada y las expectativas defraudadas resultan, en tanto que substrato de bienes jurídicos justificados, dignas de preservación;*

por lo que se tratará siempre de casos en los que la segunda alternativa debe excluirse. Que es, precisamente, la razón por la que en su caso podrá justificarse la intervención penal, para confirmar las expectativas normativas defraudadas.

Como es obvio, la desestabilización de un sistema social constituye una magnitud graduable, puesto que la desestabilización puede ser mayor o menor, el grado de contradicción entre las expectativas generadas puede alcanzar uno u otro grado de radicalidad. A este respecto, parece que podemos hablar de auténtica desestabilización cuando existe ya una auténtica contradicción: esto es, no necesariamente —aunque podría haberla también— una contradicción lógica, pero sí al menos una contradicción de índole pragmática: podemos hablar de que, dentro de un proceso de comunicación, existe una contradicción pragmática cuando varios de los mensajes transmitidos en el proceso, sin resultar necesariamente contradictorios en términos lógicos, resultan imposibles de entender como parte del mismo proceso comunicativo, conforme a las máximas —pragmáticas— derivadas del principio de cooperación que en principio rige dicho proceso. Así, por ejemplo, si un mismo emisor —un agente económico— transmite al tiempo con su conducta el mensaje de que los contratos se basan en el compromiso de cumplir las obligaciones y, si no, responder patrimonialmente del incumplimiento, pero también el de que dicha responsabilidad patrimonial no es estrictamente vinculante, sino que puede ser eludida mediante la provocación de la propia insolvencia, entonces puede que los mensajes no sean estrictamente contradictorios en términos lógicos, pero es claro que transmiten al receptor (otro agente económico: la otra parte contratante) una información que le resulta inasumible desde el punto de vista pragmático: en efecto, ¿debe el receptor contratar o no contratar, debe confiar en el cumplimiento de la obligación o no, debe adoptar garantías específicas o confiar en las reglas generales de la responsabilidad patrimonial? La contradicción resulta, además, insalvable —se vuelve paradoja— desde el momento en que, dada la configuración del sistema (del patrón de interacción entre emisor y receptor), éste carece generalmente de la posibilidad de discutir con el emisor acerca de la naturaleza de su mensaje (carece de la posibilidad de metacomunicarse), por lo que se halla en la situación pragmáticamente inviable de verse obligado a comunicarse con quien le envía mensajes conjuntamente contradictorios. Cuando esto ocurre en relación con interacciones relevantes desde la perspectiva del sistema social, se puede decir que el mismo ha sido —al menos, parcialmente— desestabilizado.

Si continuamos con nuestros ejemplos, la desestabilización del sistema económico (o de un sector del mismo) tiene lugar cuando las expectativas que los agentes económicos pueden razonablemente concebir llegan a ser, a tenor de cómo se desarrollan los procesos de interacción comunicativa en el sistema, tan contradictorias que les resulta muy difícil —y, en términos económicos, muy costoso— mantener una dinámica normal de interacción. Ello ocurre, por ejemplo, si la responsabilidad patrimonial por

incumplimiento de obligaciones deviene absolutamente ineficaz, o si toda oferta al consumidor resulta potencialmente fraudulenta, o incluso peligrosa para su salud. En tales casos, la interacción normal, la comunicación adecuada (conforme a las pautas preestablecidas), se vuelven altamente improbables. Y, en ausencia de una reacción eficaz del sistema (que reconfirme las expectativas en cuestión), los agentes económicos, a la vista de la presencia de expectativas contradictorias (las que en principio generan las pautas de conducta preestablecidas –responder de incumplimientos, decir la verdad en las ofertas- y las que de hecho surgen con los comportamientos que cuestionan aquellas –eludir la ejecución de deudas, vender lo que no existe-), tenderán a modificar sus patrones de interacción: dejarán de contratar, adoptarán múltiples precauciones y exigirán múltiples garantías para hacerlo, etc.”¹²¹.

Me parece obvio que, si trasladamos este concepto exigente de desestabilización sistémica al campo de la actividad política, comprobaremos que sólo en muy pocas ocasiones la actuación de los grupos armados llega a poseer tal fuerza como para transformar por sí sola la dinámica interna del sistema político... incluso de un subsector del mismo. En efecto, la mayor parte de ataques a agentes del Estado, a líderes políticos, a bienes del patrimonio estatal, etc., por mucho efecto psicológico que ocasionen en la población, rara vez cambian por sí solos el funcionamiento del sistema político. Al contrario, cuando –no infrecuentemente- se producen cambios, ello obedece ante todo a decisiones conscientemente adoptadas por otros actores (por los dirigentes políticos del Estado atacado) para “luchar contra el terrorismo”. Es decir, que no podrían ser imputados al grupo armado. Así pues, rara vez existe lesión, y ni siquiera puesta en concreto peligro (esto es: elevada probabilidad de desestabilización sistémica), del bien jurídico propio del Derecho penal político que pueda ser atribuida a los miembros de un grupo armado¹²².

121 JOSÉ MANUEL PAREDES CASTAÑÓN, “Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico”, en Da Agra, Candido; Domínguez, José Luis, García Amado, Juan Antonio; Hebberecht, Patrick; Recasens, Amadeu (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona, Atelier. 2003, pp. 105-107.

122 Y tampoco existe, en la mayor parte de las ocasiones, peligrosidad abstracta, ya que, como hemos visto, casi nunca existe una probabilidad estadísticamente relevante de que las acciones del grupo armado den lugar a desestabilización política efectiva... Salvo, claro está, que se acepte que los actos de subversión armada pueden ser concebidos (y que su incriminación agravada puede ser justificada) como delitos de acumulación, figura que me parece rechazable por principio, ya que la idea de acumulación (que tiene que ver con la necesidad de pena, no con el merecimiento) puede servir para justificar la intervención penal frente a un hecho que revista de suyo el suficiente merecimiento de pena, pero no, a la inversa, para justificarla frente a hechos que –como es el caso- hemos visto que no lo poseen.

En todo caso, si en algún caso existiese efectivamente peligrosidad abstracta (ejemplo: el homicidio, a manos de un grupo armado, del Jefe del Estado), debería examinarse si se dan las condiciones de legitimidad político-criminal para la creación de un delito de peligro abstracto (de un verdadero delito contra la seguridad de (la estabilidad de) las instituciones: indiqué las condiciones para ello supra...)

Por supuesto, he dicho ya que puede haber casos extremos, infrecuentes, en los que el sistema político se vea efectivamente desestabilizado, dada la fuerza y la legitimidad alcanzada por el grupo armado (un ejemplo realista sería: un grupo separatista logra una gran fuerza militar y un gran apoyo social en aquel territorio cuya secesión pretende, aunque no en el conjunto del Estado). En tales casos, y suponiendo –cuestión que deberemos examinar más a fondo a continuación- que verdaderamente exista un bien jurídico que pueda ser protegido (legítimamente), no existiría objeción alguna, desde el punto de vista de la lesividad, para que la conducta de subversión armada (políticamente desestabilizadora) pudiera ser incriminada específicamente. Ocurre, sin embargo, que tales supuestos parece que tienen más que ver con las figuras tradicionales del Derecho Penal político (con el delito de rebelión, principalmente) que con el “terrorismo”, por lo que no se comprende para qué haría falta una regulación específica. En todo caso, limitar la incriminación de las conductas de subversión armada a aquellas que resulten suficientemente desestabilizadoras desde el punto de vista político, sea cual sea la vía técnico-legislativa –más específica o más genérica- que se emplee para ello, constituiría un cambio sustancial, profundamente despenalizador, en comparación con la situación habitual hoy en el Derecho positivo.

Por el contrario, la orientación predominante en éste es exactamente la contraria de la que aquí se propone como político-criminalmente aceptable. Así, por ejemplo, el Derecho positivo español –en esto semejante a otras regulaciones del Derecho comparado- se conforma con que la acción armada “terrorista” posea una finalidad subversiva. Sin exigir, por lo tanto, ningún requisito de lesividad de carácter objetivo. De tal manera que, en principio (haciendo una lectura literal del texto legal, aun sin ninguna interpretación valorativa correctora), la acción armada –un homicidio, por ejemplo- completamente inane desde el punto de vista político posee exactamente la misma valoración por parte de la ley que una acción profundamente eficaz como factor de desestabilización. Ello, a mi entender, resulta indefendible desde la perspectiva del principio de lesividad (y del de proporcionalidad de las sanciones). Pero, más aún, acaba por convertir los delitos de “terrorismo” del Derecho Penal español en auténtico Derecho Penal de autor, por cuanto que el factor decisivo para aquella agravación de la pena que en nuestro Derecho le corresponde siempre al “terrorismo” no es ninguna característica de la acción que tenga alguna relación (real) con el bien jurídico protegido, sino tan sólo un determinado deseo del infractor, revelador sin duda de su actitud interna, de su personalidad, de su pertenencia a un grupo criminológicamente diferenciado. . . . pero no, por sí misma, de que su acción sea necesariamente más grave

Y, por supuesto, la pena debería ser, proporcionalmente, más baja que en los delitos de lesión del bien jurídico del Derecho Penal político (lo que no ocurre en el Derecho español vigente, en el que muchos delitos de “terrorismo” tienen mayor pena que el delito de rebelión).

que cualquiera otra de idéntica naturaleza (que cualquier otro homicidio)^{123 124}. Para que esto último pudiera garantizarse, haría falta, como hemos visto, otra forma de construir estos delitos.

Q. Subversión armada e identidades políticas

¿Es que, entonces, y contra toda evidencia, los actos de subversión armada no pueden ser concebidos, político-criminalmente hablando, como actos de naturaleza auténticamente política, lesivos para un bien jurídico también de tal índole? Sí, por supuesto. Los argumentos que acabo de exponer sólo pretenden indicarnos que, si se tratase tan sólo de proteger la supervivencia y la estabilidad de los sistemas políticos, entonces el “terrorismo” rara vez exigiría, en términos de una política criminal racional, ningún género de intervención represiva específica. Pero, claro está, la política no es sólo cuestión de reglas y de acciones (aun cuando unas y otras sean sus partes más importantes): es también una cuestión de sujetos (políticos); y de identidades, por lo tanto. Y es que, como Michael Walzer ha destacado correctamente (aunque quizá usando un estilo –tan habitual en el comunitarismo- exageradamente dramático), *“los terroristas (...) no sólo devalúan a los individuos a quienes matan, sino también al grupo al que pertenecen los individuos”*¹²⁵. Dicho en términos menos metafóricos: mediante sus acciones (“violentas”), la subversión armada pone en cuestión la identidad (política) de los individuos y de los grupos que operan como actores políticos en un determinado sistema político. Es decir, alteran, intencionadamente, una parte sustancial del imaginario (político) colectivo.

En efecto, si la identidad es *“un yo (self) tipificado en una determinada etapa del curso de la vida, situado en un contexto de relaciones sociales organizadas”*¹²⁶,

123 Vid. CANCIO MELIÁ, “‘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 7/2000”, en *Jueces para la democracia*, 44, 2002, pp. 24-26; ADELA ASÚA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal”, en *Derecho penal del enemigo*, cit., 2006, pp. 255 y ss.

124 Naturalmente, este problema no se plantea solamente en el caso de los delitos de “terrorismo”, sino que, en general, surgirá siempre que, en un determinado tipo penal, uno de los fundamentos de la agravación de la pena sea un elemento subjetivo del injusto consistente en una actitud o en un deseo, si no se exige además –cuando menos- una especial peligrosidad objetiva de la acción. Me ocupé ya de esta cuestión, en otro contexto, en PAREDES CASTAÑÓN, “El ‘desprecio’ como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho”, en *Revista penal*, 11, 2003, pp. 94 y ss.. Y, por supuesto, muchas veces la dificultad puede ser resuelta por vía interpretativa, restringiendo el ámbito de aplicación del tipo a aquellos casos en los que dicha lesividad mayor exista. Lo que ocurre, sin embargo, es que, en el caso de los delitos de “terrorismo”, acabamos de ver además que rara vez se da tal lesividad adicional.

125 MICHAEL WALZER, *Terrorismo y guerra justa*, trad. T. Fernández Aúz y B. Eguibar Madrid – Barcelona, Barrena, Katz y CCCB, 2008, p. 16.

126 ANDREW J. WEIGERT/ J. SMITH TEITGE / DENNIS W. TEITGE, *Society and Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 53 (La traducción es mía).

la identidad política tiene que ver con cómo los individuos y los grupos se conciben –se tipifican- a sí mismos y a los demás con quienes interactúan en el marco de la comunidad política. Lo cual necesariamente tiene que ver con las representaciones que esos individuos y grupos se hacen de la realidad política¹²⁷. Y, si algún efecto político directo produce prácticamente siempre la acción de los grupos armados (aun la no terrorista, aun la que no genera inseguridad, aun la que no desestabiliza el sistema político), éste es, desde luego, el de poner en cuestión muchas de las identidades políticas dominantes en un sistema político dado. Y ello, a través de la puesta en cuestión del imaginario político constituido y de la legitimidad política desarrollada en dicho marco: en concreto, de la legitimidad política del marco constitucional mismo. Lo que afecta (cuestiona) necesariamente a la identidad de los actores políticos que operan en dicho marco constitucional, ya que su identidad se constituye –en buena medida, al menos- por referencia a tal legitimidad política¹²⁸. En ejemplos: los actos de E.T.A. demuestran que, contra lo que suelen asumir los actores políticos dominantes en el sistema político español, no existe un “pueblo español” unido en torno a su régimen constitucional, sino, entre otras cosas, conjuntos significativos de individuos y de grupos que discrepan tanto de aquel concepto como de este régimen. Las acciones armadas de grupos islámicos radicales revelan a las claras que, contra lo que presuponen las potencias hegemónicas en la comunidad internacional, no todos comparten la fe occidental hegemónica en el imperio de la razón, de los derechos humanos y del progreso (el “fin de la Historia”, lo dieron en llamar los petulantes), entendidos todos los conceptos al modo eurocéntrico, y que, por lo tanto, no todos ven a los occidentales como el paradigma del buen ser humano, sino que muchos piensan que somos unos explotadores, y otros que somos unos impíos o unos estúpidos. Y así podríamos seguir.

Es cierto, pues, lo que se viene sosteniendo por parte de los sedicentes “expertos (occidentales) en terrorismo”: la subversión armada tiene un componente fundamentalmente comunicativo. Pero dicho componente no es (al menos, no necesariamente), como se suele pretender, el del miedo (hay grupos armados tan pequeños e impotentes que apenas lo generan) o el del “chantaje político” (pocas veces los grupos armados tienen tantas bazas como para poder torcer, en el sentido que desean, las decisiones del Estado al que se enfrentan), y mucho menos el de la desestabilización política directa. De lo que se trata más bien es de que la acción

127 Vid. ANTHONY P. COHEN, *The Symbolic Construction of Community*, London - New York Routledge, 2003, 1985; JUAN LUIS PINTOS, *Los imaginarios sociales*, Bilbao, Fe y Secularidad y Sal Terrae 1995; GEORGE LAKOFF/ MARK JOHNSON, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. C. González Marín, 7ª ed., Madrid, Cátedra, 2007.

128 Es esencial, a este respecto, JACQUES DERRIDA, *Políticas de la amistad*, seguido de *El oído de Heidegger*, trad. P. Peñalver y F. Vidarte, Madrid, Trotta, 1998.

de la mayoría de los grupos armados cuestiona las ideologías políticas hegemónicas y propone alternativas ideológicas plausibles a las mismas. Plausibles, al menos, para una parte de la opinión pública. Así pues, no estaban tan desencaminados los anarquistas cuando, a mediados del siglo XIX, propugnaban que la subversión armada era la *"propaganda mediante la acción"*¹²⁹. Dicho de otro modo: a la subversión armada puede recurrir racionalmente (aunque, es obvio, no está obligado) quien, creyendo tener una ideología (incompatible con la(s) hegemónica(s)) que considera que puede resultar aceptable para una parte significativa de la opinión pública, cree que no tiene verdaderas o equitativas oportunidades de divulgarla en condiciones a través de los medios "normales" ("no violentos")¹³⁰. Y, normalmente, sólo esa clase de sujetos son vistos desde la sociedad en la que actúan (desde sus grupos dominantes) como auténticamente *subversivos*: así, por ejemplo, Theodore John Kaczynski, *Unabomber*, el conocido "terrorista" estadounidense detenido en 1996, precisamente por lo difuso de su mensaje político, lo poco plausible que resultaba para casi toda la población estadounidense, difícilmente llegó nunca a entrar en esta categoría.

Si esto es así, entonces la pregunta siguiente ha de ser si resulta legítimo proteger específicamente (esto es, al margen de la protección que puedan merecer los bienes jurídicos individuales –vida, integridad física, libertad, patrimonio...- afectados por esta "propaganda mediante la acción") la identidad política constituida, dominante, frente a quienes la cuestionan (cuando –recordémoslo- no existe siquiera un peligro real de desestabilización política). Lo que equivale a plantearse la cuestión de si resulta aceptable, en el marco de la teoría del bien jurídico, lo que Joel Feinberg ha llamado la tesis del "conservadurismo moral": la tesis de que está justificado proteger coactivamente (mediante la restricción de la libertad personal, por lo tanto) los rasgos esenciales de una cultura, tal y como existen efectivamente en un momento dado. Aquí, se trata naturalmente de los rasgos de una cultura política, amenazados por ideologías disidentes que se manifiestan mediante acciones armadas. Cuestión a la que, a mi entender, hay que responder en esencia del mismo modo que lo hace Feinberg: en primer lugar, que el argumento mayoritarista no resulta pertinente aquí, ya que no puede aceptarse que haya que proteger coactivamente todo aquello que la mayoría pida, sea cual sea su naturaleza; en segundo lugar, que, aunque el cambio cultural pueda causar daños (indirectos) a terceros, dicho daño nunca es superior al que causaría la coacción a los individuos objeto de represión (más aún, si se trata de

129 Vid. JUAN AVILÉS, "Propaganda por el hecho y regicidio en Italia", en Avilés, Juan y Herrerín López, Ángel (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente*, Madrid, Siglo XXI, 2008, pp. 6-7; MICHAEL BURLEIGH, *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*, trad. M. Martínez-Lage y N. Rodríguez-Martín, Madrid, Taurus, 2008, pp. 101-115.

130 Cfr., en un sentido bastante similar, IGNACIO SÁNCHEZ-CUENCA, "La frustración terrorista", en *El País*, 26 de agosto, 2008.

coacción penal); y, en tercer lugar, que es necesario considerar el mal que el cambio cultural pueda eventualmente causar a la sociedad en su conjunto en términos globales, esto es, considerando ventajas e inconvenientes, resultados globales y a medio y largo plazo. Y que, considerando todo esto, resulta difícil hallar justificación a la protección de meros rasgos culturales (como lo son los de la identidad): no porque estos no posean valor, sino porque casi nunca van a tenerlo más que la libertad personal (de individuos concretos), si consideramos todos los factores que se acaban de exponer¹³¹.

Una primera respuesta, por lo tanto, más liberal, sería: la subversión armada, en tanto no desestabilice efectivamente el sistema político, no puede ser objeto legítimo de represión penal específica (agravada), dado que aquello que la misma ataca no constituye un objeto legítimo de protección para el Derecho Penal.

R. ¿Es legítimo proteger la identidad política propia?

Pongámonos, no obstante, un poco más comunitaristas, siquiera sea a efectos argumentativos: supongamos, entonces, que, al menos en algunas ocasiones, aun considerando todos los factores que Feinberg nos invita a tomar en cuenta, el cambio político-cultural que la acción de algunos grupos armados propugna es de tal entidad que, en una valoración global, hay que reconocer que el mal que se causa es demasiado grande, y que puede por ello estar justificado intervenir coactivamente para reprimirlo. Por emplear un ejemplo extremo (aunque algo manido): el de los actos de subversión armada llevados a cabo en Alemania, durante los años veinte y treinta del siglo pasado, por miembros y simpatizantes del N.S.D.A.P. y otros partidos y grupos políticos de extrema derecha, que –según propongo ahora, a modo de hipótesis- habrían contribuido decisivamente a una progresiva transformación de la cultura política de la República de Weimar, que culminó, como es sabido, con las inconstitucionales maniobras de Hindenburg y de la derecha alemana, con el colofón del nombramiento de Adolf Hitler como Reichskanzler. En tal caso, se diría, podría estar justificado reprimir ya de forma agravada las conductas de subversión armada, aun aquellas que no desestabilizaron efectivamente, en su momento, el régimen político alemán, pues la historia nos indica que, a largo plazo, fueron fatales para él.

Pues bien, aun si damos por buena –siquiera sea para mantener abierta la discusión- esta forma de argumentar, entonces deberemos enfrentarnos a otra cuestión esencial: ¿qué cambios en la cultura política dominante son tan graves como para que, en la valoración global que hemos visto que resulta imprescindible hacer, pueda concluirse que la restricción específicamente agravada de la libertad personal queda justificada de manera suficiente?

131 JOEL FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law, IV: Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 39 y ss.

Ante esta cuestión, caben, en mi opinión, solamente dos respuestas, radicalmente diferentes. Una primera es el etnocentrismo: son especialmente importantes aquellos rasgos que "nosotros", es decir, quienes tienen suficiente poder para imponerse en los discursos políticos, consideramos que son más importantes. Tal es la clase de falso "universalismo" que, ya al menos desde el siglo XVI, viene imponiendo Occidente (primero los Estados europeos y más tarde los Estados europeos –hoy, sobre todo, la Unión Europea- y los Estados Unidos de América), arrogándose primero el discurso de la cristiandad, más tarde el de la civilización y hoy el de la democracia y los derechos humanos (entendidos, naturalmente, a su modo)^{132 133}. Y que, en un nivel mucho más reducido, intentan imponer los Estados –también el Estado español- a la población sujeta a su soberanía.

Desde este punto de vista, son los rasgos esenciales de "nuestra" cultura política (esto es, de la cultura política hegemónica en el sistema político en el que vivimos), y sólo ellos, los que merecen protección. Y, entonces, se puede legítimamente combatir, como subversivos, a quienes, mediante actos violentos ponen en cuestión la unidad de la "Nación española", o el oligárquico sistema político colombiano. O, en el plano internacional, se puede reprimir, también como subversivos, a quienes combaten la hegemonía política y militar occidental (por ejemplo, a quienes luchan contra las fuerzas militares de ocupación en Irak o en Afganistán).

Naturalmente, lo que ocurre es que una respuesta de este género significa, en la práctica, renegar de cualquier posibilidad de que pueda existir (construirse) ningún género de racionalidad práctica intersubjetivamente compartida. Es decir, reducir, en última instancia, todo diálogo racional a un conflicto de poderes. Y, como es natural, en dicho conflicto lo que hay que hacer no es hablar (si no es para descalificar al adversario), sino vencer. Los argumentos sobran, son meros adornos retóricos o instrumentos propagandísticos.

Confieso que, como en casi todas las cuestiones morales últimas, me es difícil explicitar aquí adecuadamente las razones por las que esta respuesta no me parece aceptable. O, por mejor decir, me resulta difícil aducir razones que puedan

132 Así, en el caso de la democracia, aquella por la que lucha Occidente es una democracia de partidos con elecciones periódicas (sin importar el grado de participación y de democracia interna de los partidos, el grado de representatividad de la sociedad...). Y, en el caso de los derechos humanos, aquellos por los que lucha Occidente son sólo algunos derechos civiles y políticos... salvo los de los "enemigos de la libertad" ("terroristas"), que también ven negados estos últimos.

133 Vid. IMMANUEL WALLERSTEIN, *European Universalism. The Rethoric of Power*, New York, The New Press, 2006; RAFAEL DEL ÁGUILA, *Crítica de las ideologías*, Madrid, Taurus, 2008, pp. 95 y ss. Existe una versión amable de este "universalismo" etnocéntrico, que es el de la tolerancia liberal hacia todas las concepciones "razonables" del bien: cfr., paradigmáticamente, RAWLS, *El liberalismo político*, trad. A. Doménech, Barcelona, Crítica, 1996, pp. 89-97. Y lo es, claro está, desde el momento en que quienes ostentan el poder siguen arrogándose el derecho a decidir qué es "razonable" y qué no lo es: JOHN BROWN, "El terrorismo como residuo de la política", en *Rebelión*, 5 de marzo, 2006.

ser asumidas por cualquiera... pues, como más arriba he dejado claro, descreo de cualquier clase de moralidad colectiva con pretensión de normatividad universal. Por ello, la única y última razón que puedo aducir en contra del etnocentrismo es: ninguno de ellos, ni el occidental ni el islamista, ni el españolista ni el vasquista... ni ningún otro que pueda imaginarme, me atraen como opción moral, me resultan todos ellos igualmente repugnantes, tanto moral como estéticamente. Por lo que, si no me quiero ver condenado a la irrelevancia política (y si, como creo, hay muchas otras personas que se hallan en la misma situación que yo), necesito construir otra alternativa cualitativamente diferente, para enjuiciar qué debe y qué no debe ser combatido, con las armas de la represión, en la cultura política.

S. La identidad política interculturalmente aceptable como objeto de protección

La alternativa, claro está, es la (lucha por la) *interculturalidad*, también en el ámbito de la cultura política. Interculturalidad significa, en este contexto, ante todo la creación de un espacio de diálogo moral, al que puedan acceder en igualdad de condiciones todas las ideas morales (y políticas, moralmente fundadas), todas las subjetividades (identidades) políticas, cada una con una actitud de encuentro y de respeto, sobre la base de los principios de no-indiferencia (hacia el otro y lo otro) y de responsabilidad (ante los otros); todo ello con la finalidad de producir, en estas condiciones, una ética de la alteridad (del trato al otro)¹³⁴.

Como es obvio, y por definición, no es posible determinar *a priori* qué resultados produciría la aplicación de una ética intercultural de la alteridad al ámbito de la cultura política¹³⁵. Sin embargo, pese a ello, sí que creo posible aventurar alguna hipótesis plausible. Así, en primer lugar, me parece extremadamente dudoso –por no decir,

134 GRACIANO GONZÁLEZ R. ARNAIZ, "La interculturalidad como categoría moral", en González R. Arnaiz (coord.), *El discurso intercultural*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002, pp. 85-103. Sobre el *ethos* que anima este intento, cfr. también WILLIAM E. CONNOLLY, *The Ethos of Pluralization*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1995; Id., *Identity/ Difference*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2002, especialmente pp. 145 y ss.; Id., *Pluralism*, Durham, Duke University Press, 2005. "Interculturalidad" no es, sin embargo (no debe ser), un término eufemístico para un nuevo Derecho natural racionalista, sobre bases (más o menos) trascendentales y kantianas, pues ello sería antes más bien una nueva manifestación de etnocentrismo occidental: vid., sin embargo, ORTFRIED HÖFFE, *Vernunft und Recht*, 2ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1998, pp. 19-83; Id., *Derecho intercultural*, trad. R. Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000.

135 Cfr. MIQUEL RODRIGO ALSINA, *Comunicación intercultural*, Barcelona, Anthropos, 1999; FRED E. JANDT, *An Introduction to Intercultural Communication*, 5ª ed., Sage – Oaks – London - New Delhi, Thousand, 2007; HELGA KOTTHOFF/HELEN SPENCER-OATEY, *Handbook of Intercultural Communication*, Berlin - New York, Mouton de Gruyter, 2007; MARY NASH ET AL., *La política de lo diverso*, Barcelona, Cidob, 2008; KATHLEEN GLENISTER ROBERTS/ RONALD C. ARNETT, *Communication Ethics: Between Cosmopolitanism and Provinciality*, New York, Peter Lang, 2008; GRACIANO GONZÁLEZ R. ARNAIZ, *Interculturalidad y convivencia*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

directamente, increíble- que ningún discurso intercultural, que no estará apegado a las presuposiciones típicas del individualismo liberal acerca de la preeminencia de la libertad negativa y del papel esencial del consentimiento individual en la legitimidad y en la obligación políticas¹³⁶, se adhiera al pensamiento contractualista a la hora de determinar aquellas ideas centrales de la cultura política que podrían merecer (eventualmente) protección frente a quienes la cuestionan. Es decir, dudo mucho que tal discurso intercultural pudiese asumir que una cultura política en la que se proteja esencialmente la libertad de decisión individual, frente a la coacción del Estado, y la libertad de la comunidad política, frente al resto del mundo, sea precisamente aquella cultura política que merezca la protección coactiva, frente a los (subversivos) que la cuestionan que el Derecho Penal puede proporcionar¹³⁷.

Del mismo modo, tampoco creo que un discurso verdaderamente intercultural pudiese acoger la cultura política comunitarista (alguna en particular, o una convivencia tolerante de varias) como objeto digno de protección. Y ello, porque se estaría incurriendo en una contradicción que, si no lógica, sí sería al menos de índole pragmática, dado que interculturalidad y comunitarismo parecen, en principio, discursos políticamente antitéticos¹³⁸.

Por el contrario, me parece que resulta más prometedora como materia de consenso, desde el punto de vista intercultural, la cultura de los derechos humanos. O, por mejor decir, una parte sustantiva de dicha cultura. En efecto, me parece que, en la actualidad, no es difícil imaginar (porque, de hecho, tenemos pruebas sobradas ya de manifestaciones efectivas en este sentido)¹³⁹ que fuese posible concitar un consenso

136 Hablo de "*individualismo liberal*", y no de individualismo occidental, como es frecuente (por ejemplo, en muchos discursos multiculturalistas o fundamentalistas), porque, en realidad, en Occidente siempre han existido discursos políticos alternativos al liberal, hoy hegemónico: al menos, el comunitarista y el republicanista.

137 Es preciso, pues, alejarse de la ideología del "imperialismo de los derechos humanos": esto es, de la imposición (etnocéntrica), como marco moral universal(mente coercitivo), del contenido que a los derechos humanos suelen dar las sociedades occidentales. Pues ni es, desde luego, la única posibilidad de dotar de un contenido razonable (y moralmente justificable) a dichos derechos ni, además, responde a un auténtico entendimiento intercultural de los mismos. Para una crítica de dicha ideología, cfr. JEAN BRICMONT, *Imperialismo humanitario*, trad. A. J. Ponziano Bertoucini, Barcelona, El Viejo Topo, 2005; NICOLAS GUILHOT, *The Democracy Makers*, New York, Columbia University Press, 2005; COSTAS DOUZINAS, *Human Rights and Empire*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007; DANILO ZOLO, *La justicia de los vencedores*, trad. E. Bossi, Madrid, Trotta, 2006, pp. 67 y ss.

138 El multiculturalismo, por el contrario, puede ser, o no, contrario al discurso intercultural, según cómo se entienda: como discurso de un comunitarismo tolerante con las concepciones del bien de otras comunidades, sí que lo es; pero no necesariamente, si se entiende por tal un determinado modelo de diseño institucional –discutible, desde luego– para hacer efectivo, en el plano político, el discurso intercultural.

139 El propio proceso de codificación del Derecho internacional de los derechos humanos constituye un indicio muy relevante. Pero pueden verse, además, por ejemplo, la *Declaración Islámica Universal de*

bastante generalizado entre diferentes culturas y concepciones morales acerca de que una buena parte de los contenidos nucleares de los derechos humanos –aunque no todos- constituyen rasgos de la cultura política que merecen una protección específica. En concreto, que la merecen muchos de los contenidos nucleares de los derechos humanos (individuales), tanto los civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, reconocidos en el Derecho Internacional de los derechos humanos (por consiguiente, no todos los desarrollos e interpretaciones progresivas de los mismos que pueden realizarse), además del derecho a la autodeterminación de los pueblos (en los términos en los que el mismo es también reconocido por el Derecho Internacional). Y ello, porque tales derechos forman parte, de una u otra manera, del núcleo moral de todas las culturas y religiones y son vistas por gentes de todos los orígenes como un límite moral que no debería ser nunca rebasado. No ocurriría lo mismo, por el contrario, con otras partes (significativas, desde luego, aunque, en mi opinión, de segundo rango) de la cultura de los derechos humanos: así, ni los principios de justicia social, ni los principios de justicia en el orden internacional, ni los derechos (al reconocimiento) de grupos sociales (género, orientación sexual, etnia...) ni la legitimación de origen democrático del poder político son capaces, en la realidad actual de la diversidad cultural del mundo (y de cada Estado existente en el mundo), un consenso suficiente, si es que han de respetarse en principio las diferentes concepciones del mundo y del bien a la hora de establecerlo.

T. Conclusión: ámbito legítimo de intervención para los delitos de subversión armada

Suponiendo que lo que acabo de decir fuera cierto (y, como he destacado, se trata tan sólo de una hipótesis, aunque creo que plausible), entonces, en el supuesto de que aceptásemos –lo que ya he dicho que resulta harto discutible- que la identidad política resulta susceptible de merecer legítimamente protección coactiva por parte del Derecho, se podría concluir que aquellas conductas de subversión armada (que no desestabilicen efectivamente el sistema político) que cuestionan, mediante sus acciones violentas, dichos aspectos esenciales de una cultura política

los Derechos Humanos (aprobada por la Conferencia Islámica Internacional en 1981) y la *Declaración de los Derechos Humanos en el Islam* (aprobada por la Conferencia Islámica en 1990); el *Catecismo de la Iglesia Católica* (§1907); los arts. 13, 19-26, 34 ss. de la Constitución de la República Popular China; la *Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos* (aprobada por la O.U.A. en 1981); la *Carta Árabe de Derechos Humanos* (aprobada por el Consejo de la Liga de Estados Árabes en 2004)... Es obvio, en todo caso, que este consenso no abarca el conjunto de la interpretación occidental de los derechos humanos, ni tampoco la interpretación más progresista de los mismos que se hace en Occidente. Y que tampoco impide, desde luego (pero tampoco lo impide en Occidente), la presencia de prácticas contrarias al contenido de los derechos que se proclaman.

interculturalmente aceptable (derechos humanos y derecho a la autodeterminación de los pueblos) pueden llegar a ser (si se dan el resto de las condiciones) objeto legítimo de represión penal, por existir un objeto legítimo de protección, un bien jurídico. Pero sólo ellas. Para el resto de los casos de subversión armada, por el contrario, solamente resultaría legítimo perseguir, en su caso, el ataque a bienes jurídicos individuales (o, eventualmente, a otros bienes jurídicos supraindividuales). Y ello, porque sólo estos aspectos de la identidad política, y no otros, parece –plausiblemente- que resultan aceptados por todas las personas y grupos sociales como parte esencial de su identidad. Mientras que otros aspectos (por ejemplo: individualismo, unidad nacional, identidad de género, etnia u orientación sexual, etc.) sólo forman parte de la identidad política de algunos individuos y grupos sociales (aunque a veces sean los hegemónicos)¹⁴⁰, y no de la de otros, por lo que protegerlos significaría no sólo proteger una identidad, sino proteger la identidad de unos contra la de otros.

En la práctica, esto significaría que sólo una parte muy pequeña de los actos que habitualmente se engloban, en el Derecho comparado, en los delitos de "terrorismo" (y, recuérdese, que no sean terrorismo en sentido estricto, ya que estos deberían gozar de un tratamiento político-criminal diferenciado) podrían ser legítimamente incriminados como delito de subversión armada. Así, por ejemplo: actos violentos orientados políticamente en contra del derecho de autodeterminación de los pueblos (los atentados de la O.A.S. contra líderes políticos o fuerzas militares o policiales francesas o argelinas, por ejemplo) o en contra de los derechos humanos (agresiones armadas de una organización racista contra la policía para preservar o instaurar la segregación racial). Pero no, desde luego, acciones armadas dirigidas a lograr la secesión de una parte del territorio del Estado, a derrocar al régimen político existente, o a cambiar el orden político internacional.

Hay que tener en cuenta, en todo caso, que, tal y como se ha apuntado más arriba, aquello que ha de identificar a los actos de subversión armada como actos legítimamente incriminables en tanto que tales no es la naturaleza del acto mismo (esto

140 Entiéndaseme bien: la cuestión no es que el derecho al reconocimiento de, por ejemplo, mujeres u homosexuales no beneficie a los varones o a los y las heterosexuales (puesto que, una vez aceptado que deban existir derechos al reconocimiento de su diversidad cultural en beneficio de grupos sociales diferenciados, no es ésta ya una cuestión política, sino puramente conceptual, de definición de dichos derechos). La cuestión, por contra, esta sí aún política, es que no todos los miembros de la comunidad política (tanto varones como mujeres, tanto homosexuales como heterosexuales) aceptan que el reconocimiento de las mujeres o de los homosexuales como grupos diferenciados, con derechos específicos, forme parte de la identidad política común de todos los miembros de la comunidad. Es de esperar que, con el tiempo, esto cambie, pero, por desgracia, hoy por hoy es así. De manera que, para provocar ya tal cambio, serían necesarios actos de poder, que transformasen la identidad actualmente vivida por muchos individuos y grupos sociales. En mi opinión, y por las razones expuestas en el texto, dichos actos de poder no deben ser nunca, una vez que están garantizados los derechos humanos (libertad, igualdad...), actos coactivos del Estado sobre la libertad individual, como aquellos que el Derecho Penal lleva a cabo.

tendrá relevancia para la incriminación en tanto que ataque al bien jurídico individual –vida, integridad física, libertad...- directamente afectado), ni tampoco la finalidad subjetiva de los individuos que actúan, sino más bien el efecto objetivo (empíricamente –sociológicamente- verificable) sobre la identidad política de los miembros de la comunidad política. Ya que, como indiqué, lo relevante aquí es que la subversión pone en cuestión aspectos esenciales del consenso comunitario: aquí, el derecho de un pueblo a decidir sobre su propio futuro, o el derecho de cada individuo en la comunidad política a ser tratado como un igual o, en todo caso, como un individuo titular de todos los derechos humanos. Y que dicha puesta en cuestión puede poseer, a medio plazo, un efecto disolvente sobre dicha identidad (de manera que, por ejemplo, se llegue a cuestionar la conveniencia o identidad de ejercitar el derecho de autodeterminación o se lleguen a aceptar políticas discriminatorias)¹⁴¹, que es siempre lábil.

U. Consecuencias para la crítica del Derecho positivo

¿Cuáles deberían ser, desde el punto de vista de la tipificación legal de delitos, las consecuencias de la concepción político-criminal que aquí se ha expuesto acerca de la subversión armada? Además de la restricción, acabada de ver, del elenco de conductas de las que puede predicarse justificadamente la existencia de lesividad (respecto de la identidad política –interculturalmente constituida- merecedora de protección), son dos, en mi opinión. La primera es que la toma en consideración de aquella lesividad que se deriva del cuestionamiento de la identidad política (de aquella que hemos visto que puede merecer protección) debería hacerse a través de delitos autónomos, y nunca por la de tipos cualificados (pluriofensivos) de los correspondientes delitos contra bienes jurídicos individuales. Y ello, porque no existe razón alguna para considerar más lesivo, por ejemplo, un homicidio de carácter político que cualquier otro, por lo que el recurso a la figura del tipo cualificado carece de justificación. Y porque, además, de hecho la lesión del bien jurídico individual y la del bien jurídico supraindividual (identidad política) no tienen siquiera que ir necesariamente de la mano (de manera que puede haber –y, de hecho, hay- muchas formas de ataque a la identidad política que no ataquen al tiempo a bienes jurídicos individuales... sino, por ejemplo, a otros bienes jurídicos supraindividuales: hacienda Pública, fe pública documental, orden socioeconómico, etc.), lo que habla más bien en favor de la solución del concurso ideal de delitos, antes que de la del tipo complejo (como debería serlo uno que no se contentase con

141 Obviamente, los ejemplos no son puramente hipotéticos. En el caso del derecho a la autodeterminación de los pueblos, el cuestionamiento prolongado en el tiempo de la identidad política del pueblo puede ocasionar la división ciudadana al respecto: tal cosa ocurre, por ejemplo, hoy en el Sáhara Occidental. Y el desafío reiterado al principio de igualdad puede generar o fortalecer una corriente de opinión xenófoba o racista: como ha ocurrido, por ejemplo, en la parte oriental de Alemania, tras la unificación.

la exigencia –insatisfactoria, como hemos visto- de un mero elemento subjetivo del injusto, con una mera intención pluriofensiva).

La segunda consecuencia es que, en todo caso, el delito de subversión armada que pudiera tipificarse justificadamente debería tener una pena proporcionada. Lo que, en concreto, quiere decir que debería ser una pena significativamente más baja que la de otros delitos políticos más graves: que el delito de rebelión, desde luego; pero también que otros, como los relativos a los derechos fundamentales. Y, desde luego, una pena completamente desvinculada de la correspondiente a la lesión del bien jurídico individual con el que, eventualmente, pudiera concurrir.

Por lo demás, es posible (pero ello no puede ser explorado ahora aquí) que en algún caso se justifiquen ciertas especificidades en la regulación derivadas no del carácter político del delito, sino de la naturaleza de delincuencia organizada (en sentido estricto) de los sujetos activos del mismo¹⁴². De cualquier modo, ello no justificaría ningún tratamiento excepcional para el delito político, en comparación con otras formas comparables (como las organizaciones de tipo mafioso, por ejemplo) de delincuencia organizada.

V. Represión penal de la subversión armada y legitimidad de las identidades políticas: el derecho de resistencia

Pero, en mi opinión, la concepción del bien jurídico legítimamente protegible en los delitos de subversión armada que se acaba de exponer debe ocasionar todavía algunas consecuencias adicionales en el tratamiento jurídico-penal del fenómeno. Consecuencias que se han de derivar del hecho, ya apuntado, de que la cuestión de la legitimidad política (aquí, de la legitimidad de una determinada identidad política) no puede ser determinada en abstracto, sino sólo en atención a un determinado sistema político y en un determinado momento histórico. Si esto es así, entonces no es posible tampoco, me parece, enjuiciar el fenómeno de la subversión armada (en tanto que ataque a una identidad política interculturalmente constituida) en abstracto: esto es, sin tomar en consideración el marco político en el que el mismo tiene lugar y la legitimidad, mayor o menor, del Estado que se arroga la potestad de reprimirlo.

Así, en mi opinión, y puesto que de legitimidad política (en ambos bandos) estamos hablando, a igual conducta, tanto mayor resulta la lesividad de la misma para

142 Estoy pensando en cosas tales como: tipificación autónoma de formas de participación (que no resulten fácilmente subsumibles en las previstas en la Parte General del CP), creación de delitos de peligro abstracto, tipificación de algún acto preparatorio. En todo caso, si tales particularidades se revelasen necesarias, a causa de la peculiaridad criminológica de la delincuencia organizada en este caso, la pena debería seguir preservando la proporcionalidad, por lo que, a partir de la pena (relativamente baja, como hemos visto) del delito (de lesión) de subversión armada, debería rebajarse aún más su cuantía.

la identidad política merecedora de protección cuanto mayor sea el grado de respeto por parte del Estado a dicha identidad. O, en otras palabras, cuanto mayor sea su grado de respeto a todos los derechos humanos y al derecho a la autodeterminación de los pueblos. Y ello, porque, cuando es el Estado mismo el que viola dichos derechos (y, por consiguiente, lesiona dicha identidad política), ¿cómo podría justificarse razonablemente que existe una necesidad de represión del subversivo para protegerlos y protegerla? Es decir, en tales situaciones, la identidad política protegible vale ya, de hecho, menos. De manera que, a la inversa, cuanto menor sea el grado de respeto a los derechos humanos y al derecho de autodeterminación de los pueblos por parte de un Estado, menos justificada estará la incriminación y la sanción, por parte del mismo, de las conductas de subversión armada (aun de aquellas que —como hemos visto— atacan a la identidad política interculturalmente protegible).

En términos prácticos, esto quiere decir que la lesividad de la conducta subversiva para la identidad política que constituye el bien jurídico (y, por lo tanto, su merecimiento de pena) depende —como ocurre, por lo demás, tantas veces en conductas de índole comunicativa— no sólo de la naturaleza de la conducta misma, sino también de su contexto. De modo que, a menor grado de respeto a los derechos humanos y al derecho de autodeterminación de los pueblos por parte del Estado, menor será su lesividad. Y menor debería ser, consiguientemente, la pena del delito.

Por supuesto, el caso límite es, en este supuesto, el de la opresión: esto es, el de la violación sistemática y generalizada de los derechos humanos. En tal supuesto, en mi opinión, la legitimidad del Estado para castigar delitos de subversión armada simplemente no existe: parecería un sarcasmo que, por ejemplo, Pinochet hubiese podido —como, de hecho, hizo— aducir razonablemente la protección de la identidad política para reprimir a aquellos que pretendían subvertir su régimen¹⁴³.

W. Entre la guerra y el Derecho Penal

Como resultará obvio a partir de lo hasta aquí dicho, mi propuesta político-criminal se inclina decididamente por tratar el fenómeno de la subversión armada por la vía de un Derecho Penal del hecho, plenamente sensible a las exigencias del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos y del principio de lesividad (y del principio de proporcionalidad de las sanciones). No propugno, por lo tanto, un tratamiento

143 Decir esto no significa, sin embargo, afirmar que siempre esté justificada la acción del grupo subversivo: ello dependerá de objetivos y circunstancias, que aquí no pueden ser examinados. En todo caso, sí afirmo que el Estado no tendrá derecho a castigar a sus miembros por delito político.

puramente bélico del mismo. Y ello, por entender, de una parte, que dicho tratamiento resulta mucho más lesivo, en términos de derechos humanos, tanto para combatientes (de ambos bandos) como para no combatientes; y, de otra, que cualquier forma de belicismo conlleva siempre necesariamente, como efecto colateral, un endurecimiento de la sociedad y del sistema político, que los vuelve menos sensibles al pluralismo, al diálogo y a la interculturalidad, reduciendo con ello con mucha probabilidad la calidad democrática —aun si la misma se mantiene— del sistema político.

Ahora bien, como ya he apuntado, rechazar el tratamiento puramente bélico del fenómeno de la subversión armada, en los términos en los que acabo de hacerlo, no significa negar completamente a los Estados la posibilidad de emplear dicha política, pese a todo, legítimamente. Como he señalado más arriba, el Derecho Internacional Humanitario no excluye dicha posibilidad. Y, desde el punto de vista de la legitimidad política, lo único que me parece posible decir es que, *ceteris paribus*, el tratamiento puramente jurídico-penal es preferible al tratamiento bélico... siempre, claro está, que sea un tratamiento jurídico-penal respetuoso con los principios político-criminales antedichos (ya que en otros casos esta máxima no siempre es verdadera). Pero, por supuesto, decir esto no significa excluir en cualquier caso la posibilidad (y la legitimidad) de que el Estado pueda recurrir a la fuerza bélica para enfrentarse a fenómenos de subversión armada (interna o internacional) que resulten verdaderamente lesivos — en los términos vistos— contra la identidad política que puede merecer legítimamente protección: si, por ejemplo, la vía penal resulta insuficiente, a causa de la enorme gravedad que el fenómeno de subversión ha alcanzado (ejemplo: un frente armado para la supremacía de la raza blanca cobra un vigor inusitado y se hace fuerte en zonas remotas de la Cordillera Cantábrica).

En tal caso, no debe olvidarse que, aunque por desgracia los Estados finjan no estar sujetos prácticamente a ninguna obligación en tiempo de guerra (y menos aún si se trata de un conflicto armado interno), en realidad, sus posibilidades de acción están hoy en día profundamente limitadas por el Derecho Internacional Humanitario. Así, y como ya indiqué, lo que cambia significativamente cuando el Estado decide recurrir a la vía de la guerra (de hecho, es su principal razón de ser) son las normas sobre el uso legítimo de la fuerza. Más allá de esto, por lo que se refiere al trato a los miembros del grupo armado subversivo, además de tener prohibida en todos los casos la práctica de la tortura y de los malos tratos, el Estado se hallará en una de las dos situaciones siguientes:

— Cuando se trate de un conflicto armado internacional (el caso del llamado "terrorismo internacional"), los miembros podrán ser detenidos durante el tiempo de duración del conflicto (en este caso: hasta que el grupo armado deje de estar activo, o bien, discrecionalmente, antes, cuando ya no exista posibilidad de que el detenido se incorpore al grupo armado). No podrán ser enjuiciados por la mera pertenencia al

grupo armado ni por sus actividades, si no se demuestra que las mismas son ilegales, conforme al Derecho Internacional (art. 13 del Convenio III de Ginebra)¹⁴⁴. Y podrán ser enjuiciados por delitos que hayan cometido durante el curso de su actividad como combatientes, pero siempre que se trate de actos independientes de su actividad como tales, siempre con la garantía de un juicio justo (arts. 82-87 del Convenio III de Ginebra): desde luego, y conforme al Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal internacional, si han cometido crímenes de guerra (o delito de terrorismo, en sentido estricto); y por otros delitos que sean independientes de la actividad del grupo armado¹⁴⁵.

— Por el contrario, cuando se trate de un conflicto armado interno, el Estado tiene, además, derecho a enjuiciar a los miembros del grupo armado por su pertenencia al mismo y por las acciones armadas en las que participen, siempre con la garantía de un juicio justo (art. 6 del Protocolo II de Ginebra).

X. Subversión armada y lesión de los bienes jurídicos individuales

Para acabar, una breve referencia a los delitos contra bienes jurídicos individuales (principales: homicidios, lesiones, secuestros, etc.) que los miembros del grupo armado puedan cometer en el curso de su acción. Ya he indicado que, en general, los mismos merecen sanción con independencia del tratamiento (autónomo) del fenómeno de la subversión política, siempre que el Estado haya optado por abordar el fenómeno por la vía jurídico-penal, y no por la bélica. Ahora bien, ello vale para la mayoría de las ocasiones. No vale, sin embargo, necesariamente en los casos de opresión (violación sistemática de los derechos humanos), a los que más arriba me refería. Pues no debe olvidarse que, en estos supuestos, puede entrar en juego el derecho de resistencia frente a la opresión (hoy presente explícitamente en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y deducible, en mi opinión, de lo dispuesto por el art. 28 de la Declaración, al reconocer el derecho a un orden justo en el que todas las personas puedan disfrutar de todos los derechos humanos. Y, cuando entre en juego (y, para ello, habrá que valorar nuevamente las circunstancias del caso)¹⁴⁶, dicho derecho

144 KJUT IPSEN, "Combatants and Non-combatants", en FLECK, DIETER (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 93-94 y 96-97.

145 Vid., en un sentido similar, RONALD DWORKIN, "Guantánamo y el derecho de defensa: razones de una gran victoria jurídica", trad. G. Pisarello, en *Sin Permiso-Artículos*, disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2041>, 2008.

146 Vid. VIRGINIA HELD, "Terrorism, rights, and political goals", en FREY, R. G. y MORRIS, CHRISTOPHER W. (eds.), *Violence, Terrorism, and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 72 y ss.; JAN NARVESON, "Terrorism and morality", en *Violence, Terrorism, and Justice*, cit.; PAUL GILBERT, *Terrorism, Security & Nationality*, cit., pp. 21-33 y 77 y ss.; BODO MISSLING, *Widerstand und Menschenrechte*, Tübingen, Köhler, 1999, esp. 230 ss.; J. ANGELO CORLETT, *Terrorism. A Philosophical Analysis*, Dordrecht - Boston - London,

podría dar lugar a la concurrencia de una causa de justificación (en Derecho español, por la vía del art. 20,7º CP), incluso para el acto lesivo del bien jurídico individual (el ataque a miembros de las fuerzas policiales o militares del Estado opresor, por ejemplo).

Bibliografía citada

————— *Trésor de la langue française*, disponible en <http://atilf.atilf.fr/dendien/scripts/tlfiv5/affart.exe?19;s=484702215;b=0>.

ACKERMAN, BRUCE, *Antes de que nos ataquen de nuevo*, trad. A. J. Menéndez, Barcelona, Península, 2007.

AGAMBEN, GIORGIO, *Estado de excepción*, trad. A. Gimeno Cuspinera, Valencia, Pre-Textos, 2004.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Violencia política en Colombia: mito y realidad*, Madrid Editorial Amnistía Internacional, 1994.

ARENDT, HANNAH, "¿Qué es la autoridad?", en Arendt, Hannah, *Entre el pasado y el futuro*, trad. A. Poljak, Barcelona, Península, 2003.

ASÚA BATARRITA, ADELA, "El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho Penal. Delitos de terrorismo, 'finalidades terroristas' y conductas periféricas", en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, Buenos Aires, Edisofer, 2006.

AVILÉS, JUAN, "Propaganda por el hecho y regicidio en Italia", en Avilés, Juan y Herrérín López, Ángel (eds.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente*, Madrid, Siglo XXI, 2008.

BALATTI, FERNANDA, "El terrorismo según Argentina", en *Le Monde Diplomatique en español*, Nº 153, octubre, 2008.

BAROJA, Pío (1905), *Aurora roja*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.

BAUDRILLARD, JEAN, *Power Inferno*, trad. I. Herrera, Madrid, Arena, 2003.

Kluwer, 2003, pp. 121-133. Como señalan TED HONDERICH, *Terrorism for Humanity*, London – Sterling, Pluto Press, 2003, pp. 192-204; TED HONDERICH, *After the Terror*, Glasgow, McGill-Queen's University Press, 2003, pp. 183-186; UWE STEINHOF, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 130 y ss., es posible que, incluso, pudiera existir algún caso en el que, en situaciones de opresión, hasta el terrorismo –en sentido estricto- pueda llegar a estar justificado.

BAUDRILLARD, JEAN, *Cultura y simulacro*, trad. A. Vicens y P. Rovira, 8ª ed., Barcelona, Kairós, 2007.

BEAUD, OLIVIER, "Soberanía", en Raynaud, Philippe y Rials, Stéphane (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. M. Peñalver y M.-P. Sarazin, Madrid, Akal, 2001.

BLACKBURN, SIMON, *Spreading the Word*, Oxford, Oxford University Press, 1984, reimpresión, 1990.

BLACKBURN, SIMON, *Essays in Quasi-Realism*, Oxford, Oxford University Press, 1993.

BLACKBURN, SIMON, *Ruling Passions*, Oxford, Oxford, Oxford University Press, 1998.

BRICMONT, JEAN, *Imperialismo humanitario*, trad. A. J. PONZIANO BERTOUCINI, Barcelona, El Viejo Topo, 2005.

BROWN, JOHN, "El terrorismo como residuo de la política", en *Rebelión*, 5 de marzo, 2009.

BROWN, WENDY, *Regulating Aversion*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2006.

BUCHANAN, ALLEN, "Justice, Legitimacy, and Self-Determination", en *Moral Foundations for International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

BURLEIGH, MICHAEL, *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*, trad. M. MARTÍNEZ-LAGE Y N. RODRÍGUEZ-MARTÍN, Madrid, Taurus, 2008.

BUTLER, JUDITH, *Lenguaje, poder e identidad*, trad. J. Sáez y B. Preciado, Madrid, Síntesis, 2004.

CALVO OSPINA, HERNANDO, *Colombia, laboratorio de embrujos*, Madrid, Foca, 2008.

CAMPO MORENO, JUAN CARLOS y GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS (editores), *La generalización del Derecho Penal de excepción: tendencias legislativas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008.

CAMUS, ALBERT, *Los justos*, trad. M. Armiño, Madrid, Alianza Editorial, 1949, 1982, reimpr. 1999.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, "'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 7/2000", en *Jueces para la Democracia. Información y debate*, N° 44, 2002.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, "El injusto de los delitos de organización: peligro y significado", en *Revista General de Derecho Penal*, N° 8, 2007.

CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, II, Madrid, Edisofer, 2008.

CANCIO MELIÁ, MANUEL y GÓMEZ-JARA DíEZ, CARLOS (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, Buenos Aires, Edisofer, 2006.

CAVALLERO, RICARDO JUAN, *Justicia inquisitorial*, Barcelona, Ariel, 2003.

CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y EDUCACIÓN POPULAR, "La doctrina contrainsurgente del Estado colombiano y la población civil", en *Banco de datos de derechos humanos y violencia política*, disponible en <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/casotipo/deuda/html/pdf/deuda01.pdf>, 2008

CLIFFORD, JAMES, "Sobre la alegoría etnográfica", en *Retóricas de la Antropología*, trad. J. L. Moreno Ruiz, Barcelona, Júcar, 1991.

COETZEE, J. M., *El maestro de Petersburgo*, trad. M. MARTÍNEZ-LAGE, Barcelona, DeBolsillo, (1994) 2007.

COHEN, ANTHONY P., *The Symbolic Construction of Community*, London - New York Routledge, (1985) 2003.

COLEMAN, JAMES, *Foundations of Social Theory*, Cambridge, Harvard University Press, (1990) 2000.

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, "Nunca más", en *Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, 8ª ed., Buenos Aires Eudeba, 2006, reimpr. 2008.

CONNOLLY, WILLIAM E., *The Terms of Political Discourse*, 3ª ed., Princeton, Princeton University Press, 1993.

CONNOLLY, WILLIAM E., *The Augustinian Imperative*, Lanham, Rowman & Littlefield, (1993) 2003.

CONNOLLY, WILLIAM E., *The Ethos of Pluralization*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1995.

CONNOLLY, WILLIAM E., *Identity/ Difference*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2002.

CONNOLLY, WILLIAM E., *Pluralism*, Durham, Duke University Press, 2005.

CONRAD, JOSEPH, *El agente secreto*, trad. H. Silva, Madrid, Cátedra, (1907) 1995.

CONRAD, JOSEPH, *Bajo la mirada de Occidente*, trad. B. MCSHANE y J. ALFAYA, Madrid, Alianza Editorial, (1911) 2006.

CORLETT, J. ANGELO, *Terrorism. A Philosophical Analysis*, Dordrecht – Boston - London, Kluwer, 2003.

CORNACCHIA, LUIGI, “La moderna hostis iudicatio entre norma y estado de excepción”, trad. B. Romero Flores, en *Derecho Penal del enemigo*, I, Buenos Aires, Edisofer, 2006.

COSTAS TRASCASAS, MILENA, *Violencia interna y protección de la persona*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2008.

CRARY, ALICE, *Beyond Moral Judgment*, Cambridge - London, Harvard University Press, 2007.

DAHL, ROBERT A., *La democracia y sus críticos*, trad. L. Wolfson, Barcelona, Paidós, 1992.

DAVIS, MIKE, *El coche de Buda. Breve historia del coche bomba*, trad. J. Mundó, Barcelona, El Viejo Topo, 2007.

DEL ÁGUILA, RAFAEL, *Crítica de las ideologías*, Madrid, Taurus, 2008.

DELILLO, DON, *Mao II*, trad. G. Castelli, Seix Barral, (1991) 2008.

DELILLO, DON, “In the ruins of the future”, en *The Guardian*, 22 de diciembre, 2001.

DELILLO, DON (2007), *El hombre del salto*, trad. R. BUENAVENTURA, Barcelona, Seix-Barral, 2007

DERRIDA, JACQUES, *De la Gramatología*, trad. O. DEL BARCO y C. CERETTI, México, Siglo XXI, 1998.

DERRIDA, JACQUES, *Políticas de la amistad, seguido de El oído de Heidegger*, trad. P. PEÑALVER y F. VIDARTE, Madrid, Trotta, 1998.

DERRIDA, JACQUES, “Autoinmunidad: suicidios simbólicos y reales. Diálogo con Jacques Derrida”, trad. J. J. BOTERO y L. E. HOYOS, en *La filosofía en una época de terror*, Madrid, Taurus, 2003.

DERRIDA, JACQUES, *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, trad. C. De Peretti, Madrid, Trotta, 2005.

DOMÉNECH OMEDAS, JOSÉ LUIS, "Los sujetos combatientes", en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002.

DOSTOYEVSKI, FIODOR, *Los demonios*, trad. J. López-Morillas, Madrid, Alianza Editorial, (1872) 2000, reimpresión, 2007.

DOUZINAS, COSTAS, *Human Rights and Empire*, Abingdon, Routledge-Cavendish, 2007.

DWORKIN, RONALD, "Guantánamo y el derecho de defensa: razones de una gran victoria jurídica", trad. G. Pisarello, en *Sin Permiso-Artículos*, disponible en <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=2041>, 2008.

FARALDO CABANA, PATRICIA et al., *Derecho Penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

FEIERSTEIN, DANIEL, *El genocidio como práctica social*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007.

FEINBERG, JOEL, *The Moral Limits of the Criminal Law, IV: Harmless Wrongdoing*, Oxford, Oxford University Press, 1990.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad, II: El uso de los placeres*, trad. M. Soler, Buenos Aires, Siglo XXI, (1984) 2003.

FOUCAULT, MICHEL, *Historia de la sexualidad, III: La inquietud de sí*, trad. T. Segovia, Buenos Aires, Siglo XXI, (1987) 2004.

FOUCAULT, MICHEL, "La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad", en *Estética, ética y hermenéutica*, ed. y trad. A. Gabilondo, Barcelona, Paidós, 1999.

FOUCAULT, MICHEL, *Hermenéutica del sujeto*, trad. H. Pons, ed. F. Gros, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

FOUCAULT, MICHEL, *Hay que defender la sociedad*, trad. H. Pons, ed. M. Bertani y A. Fontana, Madrid, Akal, 2003.

FOUCAULT, MICHEL, *Discurso y verdad en la antigua Grecia*, trad. F. Fuentes Megías, Barcelona, Paidós e I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 2004.

FOUCAULT, MICHEL, *Seguridad, territorio, población*, trad. H. Pons, ed. M. Senellart, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

GATLIFF, JASON, *Terrorism and Just War Tradition*, VDM Verlag Dr. Müller, Saarbrücken, 2007.

GIBBARD, ALLAN, *Wise Choices, Apt Feelings*, Cambridge, Harvard University Press, 1990.

GIBBARD, ALLAN, *Thinking How to Live*, Cambridge, Harvard University Press, 2003.

GILBERT, PAUL, *Terrorism, Security & Nationality*, London, Routledge, 1994.

GLENISTER ROBERTS, KATHLEEN y ARNETT, RONALD C., *Communication Ethics: Between Cosmopolitanism and Provinciality*, New York, Peter Lang, 2008.

GONZÁLEZ R. ARNAIZ, GRACIANO, "La interculturalidad como categoría moral", en *El discurso intercultural*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2002.

GONZÁLEZ R. ARNAIZ, GRACIANO, *Interculturalidad y convivencia*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2008.

GREENE, GRAHAM, *El cónsul honorario*, trad. E. Pezzoni, Barcelona, Edhasa, (1973) 2007.

GREENE, JODY, "Hostis Humani Generis", en *Critical Inquiry*, 34, 2008.

GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, disponible en [http://www.gepc.es/docs/Propuesta _ alternativa _ sobre _ terrorismo.doc](http://www.gepc.es/docs/Propuesta_alternativa_sobre_terrorismo.doc)

GUILHOT, NICOLAS, *The Democracy Makers*, New York, Columbia University Press, 2005.

GUISÁNDEZ GÓMEZ, JAVIER, "El proceso de decisión del comandante y el D.I.H. Acciones hostiles y objetivos militares", en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002.

GUISÁNDEZ GÓMEZ, JAVIER, "La protección de las víctimas en los conflictos de carácter no internacional", en *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002.

HADOT, PIERRE, *¿Qué es la filosofía antigua?*, trad. E. Cazenave Tapie Isoard, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1998.

HADOT, PIERRE, *Ejercicios espirituales y filosofía antigua*, trad. J. Palacio, Madrid, Siruela, 2006.

HEFENDEHL, ROLAND, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln–Berlin–Bonn–München, Carl Heymann, 2002.

HELD, VIRGINIA, "Terrorism, rights, and political goals", en *Violence, Terrorism, and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

HENCKAERTS, JEAN-MARIE y DOSWALD-BECK, LOUISE, *Customary International Humanitarian Law*, I, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.

HILBERG, RAUL, *La destrucción de los judíos europeos*, trad. C. Piña Aldao, Madrid, Akal, 2005.

HÖFFE, OTFRIED, *Vernunft und Recht*, 2ª ed., Frankfurt, Suhrkamp, 1998.

HÖFFE, OTFRIED, *Derecho intercultural*, trad. R. Sevilla, Barcelona, Gedisa, 2000.

HOFSTADTER, RICHARD, "The Paranoid Style in American Politics", en *Harper's Magazine*, disponible en http://karws.gso.uri.edu/jfk/conspiracy_theory/the_paranoid_mentality/the_paranoid_style.html, noviembre 1964.

HONDERICH, TED, *Terrorism for Humanity*, London – Sterling, Pluto Press, 2003.

HONDERICH, TED, *After the Terror*, Glasgow, McGill-Queen's University Press, 2003.

HOUEN, ALEX, *Terrorism and Modern Literature*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

HUIZINGA, JOHAN, *Homo ludens*, trad. E. Imaz, Madrid, Alianza Editorial, (1938) 2007.

IPSEN, KNUT, "Combatants and Non-combatants", en Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

IPSEN, KNUT, "Combatants and Non-combatants", en Fleck, Dieter (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford, Oxford University Press, 1995

JAKOBS, GÜNTHER, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 1996.

JAKOBS, GÜNTHER, "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", trad. E. Peñaranda Ramos, en *Estudios de Derecho Penal*, Madrid, UAM y Civitas, 1997.

JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo", trad. M. Cancio Meliá, en Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER, "¿Terroristas como personas en Derecho?", trad. M. Cancio Meliá, en Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. M. Cancio Meliá y B. Feijoo Sánchez, Madrid, Civitas, 2006.

JAKOBS, GÜNTHER, ¿Derecho Penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la jurisdicción, trad. M. Cancio Meliá, en Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos (coords.), *Derecho Penal del enemigo*, II, Buenos Aires, Edisofer, 2006.

JAMES, HENRY, *La princesa Casamassima*, trad. S. Silió, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

JANDT, FRED E., *An Introduction to Intercultural Communication*, 5ª ed., Sage – Oaks – London - New Delhi, Thousand, 2007.

KANT, IMMANUEL (1795), *Sobre la paz perpetua*, trad. J. Abellán, Madrid, Alianza Editorial, 2002.

KELSEN, HANS (1921), *Esencia y valor de la democracia*, trad. R. Luengo Tapia y L. Legaz Lacambra, Granada, Comares, 2002.

KENNEDY, DAVID, *Of War and Law*, Princeton, Princeton University Press, 2006.

KIRCHHEIMER, OTTO, *Politik und Verfassung*, Frankfurt, Suhrkamp, 1964.

KORSGAARD, CHRISTINE M. (1996), *The Sources of Normativity*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

KOTTHOFF, HELGA y SPENCER-OATEY, HELEN (eds.), *Handbook of Intercultural Communication*, Berlin - New York, Mouton de Gruyter, 2007.

KYMLICKA, WILL, *Fronteras territoriales*, trad. K. Pérez Portilla, Madrid, Trotta, 2006.

LACLAU, ERNESTO y MOUFFE, CHANTAL (2004), *Hegemonía y estrategia socialista*, trad. E. Laclau, 2ª ed., Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, reimpresión, 2006.

LAKOFF, GEORGE y JOHNSON, MARK, *Metáforas de la vida cotidiana*, trad. C. González Marín, 7ª ed., Madrid, Cátedra, 2007.

LASSALLE, FERDINAND (1862), *¿Qué es una constitución?*, trad. W. Roces, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2002.

LEAL BUITRAGO, FRANCISCO, "La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur", en *Revista de Estudios Sociales (Colombia)*, Nº 15, 2003.

LEEMAN, RICHARD W., *The Rethoric of Terrorism and Counterterrorism*, Westport, Greenwood Press, 1991.

LESSING, DORIS (1983), *La buena terrorista*, trad. M. Bofill, Madrid, Punto de Lectura, 2007.

LUHMANN, NIKLAS (2000), *Die Politik der Gesellschaft*, Suhrkamp – Frankfurt, ed. A. Kieserling, 2002.

LÜTTICKEN, SVEN, "Suspense... y sorpresa", en *New Left Review*, Nº 40, 2006.

MIÉVILLE, CHINA, *Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law*, Chicago, Haymarket, 2005.

MIGNONE, EMILIO F. y CONTE McDONNELL, AUGUSTO, *Estrategia represiva de la dictadura militar*, Buenos Aires, Colihue, 2006.

MILLAMÁN REINAO, ROSAMEL, "La historia oculta de los mapuches", en *Le Monde Diplomatique en español*, Nº 150, abril, 2008.

MINSON, JEFFREY, *Genealogies of Morals*, New York, St. Martin's Press, 1985.

MISSLING, BODO, *Widerstand und Menschenrechte*, Tübingen, Köhler, 1999.

MOIR, LINDSAY, *The Law of Internal Armed Conflict*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

MOORE, ALAN y LLOYD, DAVID, *V de vendetta*, trad. E. Riera, Barcelona, Norma, 1989.

MOSELEY, ALEXANDER, *A Philosophy of War*, New York, Algora, 2002.

MÜNKLER, HERFRIED, *Viejas y nuevas guerras*, trad. C. Martín Ramírez, Madrid, Siglo XXI, 2005.

NAGEL, THOMAS, *Igualdad y parcialidad*, trad. J. F. Álvarez Álvarez, Barcelona, Paidós, 1996.

NARVESON, JAN, "Terrorism and morality", en Frey, R. G. y Morris, Christopher W. (eds.), *Violence, Terrorism, and Justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.

NASH, MARY et alt., *La política de lo diverso*, Barcelona, Cidob, 2008.

NEGRI, ANTONIO, *El poder constituyente*, trad. C. de Marco, Madrid, Libertarias, Prodhufi, 1994.

NEGRI, ANTONIO y HARDT, MICHAEL, *El trabajo de Dionisos*, trad. R. Sánchez Cedillo, Madrid, Akal, 2003.

OLÁSOLO ALONSO, HÉCTOR y PÉREZ CEPEDA, ANA, *Terrorismo internacional y conflicto armado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

OSBORNE, THOMAS, *Aspects of Enlightenment*, Lanham, Rowman & Littlefield, 1998.

OSIEL, MARK, *The End of Reciprocity. Terror, Torture, and the Law of War*, New York, Cambridge University Press, 2009.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, N° 11, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "Riesgo y política criminal: la selección de bienes jurídico-penalmente protegibles a través del concepto de riesgo sistémico", en Da Agra, Candido, Domínguez, José Luis, García Amado, Juan Antonio, Hebberecht, Patrick, Recasens, Amadeu (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo: un debate abierto*, Barcelona, Atelier, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "El 'desprecio' como elemento subjetivo de los tipos penales y el principio de responsabilidad por el hecho", en *Revista Penal*, N° 11, 2003.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "La seguridad como objetivo político-criminal del sistema penal", en *Eguzkilore*, N° 20, 2006.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL, "Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 ('Caso EKIN')", en *La Ley* 6906, 2008.

PAREDES CASTAÑÓN, JOSÉ MANUEL (en prensa), "'Efecto social' del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad", en Pegoraro, Juan y Muñagorri, Ignacio (eds.), *Órdenes normativos y control social en Europa y en América Latina*, Madrid, Dykinson.

PAWLIK, MICHAEL, *Der Terrorist und sein Recht*, München, Beck, 2008.

PAYE, JEAN-CLAUDE, *El final del Estado de Derecho*, Hondarribia, Hiru, 2008.

PINTOS, JUAN LUIS, *Los imaginarios sociales*, Bilbao, Fe y Secularidad y Sal Terrae, 1995.

PORTIER, PHILIPPE, "Autoridad", en Raynaud, Philippe y Rials, Stéphane (eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política*, trad. M. Peñalver y M.P. Sarazin, Madrid, Akal, 1991.

PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO (coord.), *Mutaciones del Leviatán*, Madrid, Akal, 2005.

RAJCHMAN, JOHN, *Truth and Eros: Foucault, Lacan, and the Question of Ethics*, New York, Routledge, 1991.

RANCIÈRE, JACQUES, *El desacuerdo*, trad. H. Pons, Buenos Aires, Nueva Visión, 1996.

RANCIÈRE, JACQUES, *Aux bords du politique*, París, Gallimard, 1998.

RAWLS, JOHN (1971), *Teoría de la justicia*, trad. M. D. González, 2ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1995, reimpresión, 2002.

RAWLS, JOHN (1996), *El liberalismo político*, trad. A. Doménech, Barcelona, Crítica, reimpresión, 2004.

RAWLS, JOHN, "El derecho de gentes", en Rawls, John, *El derecho de gentes y "Una revisión de la idea de razón pública"*, trad. H. Valencia Villa, Barcelona, Paidós, 2001.

RETORT, *Afflicted Powers: Capital and Spectacle in a New Age of War*, London, Verso, 2005.

REVELLI, PHILIPPE, "Las fuerzas progresistas de Filipinas, en el punto de mira", en *Le Monde Diplomatique en español*, N° 149, marzo, 2008.

RODRIGO ALSINA, MIQUEL, *Comunicación intercultural*, Barcelona, Anthropos, 1999.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, JAVIER (1998), "Autoridad (Tipos de)", en Giner, Salvador, Lamo de Espinosa, Emilio y Torres, Cristóbal (eds.), *Diccionario de Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, reimpresión, 2002.

SÁNCHEZ FERLOSIO, RAFAEL, "Notas sobre el terrorismo", en Sánchez Ferlosio, Rafael, *Sobre la guerra*, Madrid, Destino, 2008.

- SÁNCHEZ FERLOSIO, RAFAEL, *God & Gun. Apuntes de polemología*, Madrid, Destino, 2008.
- SÁNCHEZ-CUENCA, IGNACIO, "La frustración terrorista", en *El País*, 26 de agosto, 2008.
- SARTORI, GIOVANNI (1988), *Teoría de la democracia*, I, trad. S. Sánchez González, Madrid, Alianza Editorial, reimpresión, 2005.
- SCANLAN, MARGARET, *Plotting Terror*, Charlottesville - London, University Press of Virginia, 2001.
- SCANLON, T. M., *Lo que nos debemos unos a otros*, trad. E. Weikert García, Barcelona, Paidós, 2003.
- SCHMITT, CARL (1932), *El concepto de lo político*, trad. R. Agapito, Madrid, Alianza Editorial, 2002.
- SCHMITT, CARL (1938), *El Leviathan en la teoría del Estado de Thomas Hobbes*, ed. J. L. Monereo Pérez, trad. F. J. Conde, Granada, Comares, 2004.
- SCHMITT, CARL (1950), *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*, trad. D. Schilling Tou, Granada, Comares, 2002.
- SCHMITT, CARL, *Teoría del partisano*, trad. A. Schmitt de Otero, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.
- SERRANO PIEDECASAS, JOSÉ RAMÓN, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona, P.P.U., 1988.
- SHOAT, ELLA y STAM, ROBERT, *Multiculturalismo, cine y medios de comunicación*, trad. I. Rodríguez Sánchez, Barcelona, Paidós, 2002.
- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, *La expansión del Derecho Penal*, 2ª ed., Barcelona - Madrid, Civitas, 2001.
- SLOTERDIJK, PETER, *Temblores del aire*, trad. G. Cano, Valencia, Pre-Textos, 2003.
- SOFSKY, WOLFGANG, *Tratado sobre la violencia*, trad. J. Chamorro Mielke, Madrid, Abada, 2006.
- SOTELO, IGNACIO (1996), "Estado moderno", en Díaz, Elías y Ruiz Miguel, Alfonso (eds.), *Filosofía política, II: Teoría del Estado*, Madrid, Trotta, 2004.
- STALLABRASS, JULIAN, "Espectáculo y terror", en *New Left Review*, Nº 37, 2006.

STEINHOFF, UWE, *On the Ethics of War and Terrorism*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

STEVENSON, ROBERT LOUIS (1875), *El dinamitero*, trad. L. Loayza, Madrid, Alianza Editorial, 2008.

SUÁREZ LEOZ, DAVID, "Los conflictos armados internos", en Rodríguez-Villasante y Prieto, José Luis (coord.), *Derecho Internacional Humanitario*, Valencia, Cruz Roja Española y Tirant lo Blanch, 2002.

TEICHMAN, JENNY, *The Philosophy of War & Peace*, Exeter, Imprint Academic, 2006.

TODOROV, TZVETAN (1987), *La Conquista de América. El problema del otro*, trad. F. Botton Burlá, Madrid, Siglo XXI, reimpresión, 1999.

TOWNSHEND, CHARLES, *Terrorismo. Una breve introducción*, trad. J. Braga Riera, Madrid, Alianza Editorial, 2008.

U.S. ARMY, MARINE CORPS, *Counterinsurgency Field Manual*, Chicago, University of Chicago Press, 2007.

UPDIKE, JOHN (2006), *Terrorista*, trad. J. Bonfill, Barcelona, Tusquets, 2007.

VAN DER BROEK, FRANS, "Terrorismo y literatura", en *Claves de Razón Práctica*, Nº 166, 2006.

VIRNO, PAOLO, *Virtuosismo y revolución*, trad. R. Sánchez Cedillo, H. Romero y D. Gámez Hernández, Madrid, Traficantes de Sueños, 2003.

VIVES ANTÓN, TOMÁS S., "Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo", en Gómez Colomer, Juan Luis y González Cussac, José Luis (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Universitat Jaume I y Tirant lo Blanch, 2006.

VOLOSHINOV, VALENTIN N. (1929), *El marxismo y la filosofía del lenguaje*, trad. T. Bubnova, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

VON CLAUSEWITZ, CARL (1815), *De la guerra*, trad. C. Fortea, Madrid, La Esfera de los Libros, (1815) 2005.

WALZER, MICHAEL, *Guerras justas e injustas*, trad. T. Fernández Aúz y B. Eguibar, Barcelona, Paidós, 2001.

WALZER, MICHAEL, *Terrorismo y guerra justa*, trad. T. Fernández Aúz y B. Eguibar Madrid – Barcelona, Barrena, Katz y CCCB, 2008.

WALLERSTEIN, IMMANUEL, *European Universalism. The Rethoric of Power*, New York, The New Press, 2006.

WARD, IAN, "Towards a Poethics of Terror", en *Law, Culture and the Humanities*, N° 4, 2008.

WEBER, MAX (1922), *Economía y sociedad*, trad. J. Medina Echavarría, J. Roura Farella, E. Ímaz, E. García Máynez y J. Ferrater Mora, 2ª ed., Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1993.

WEIGERT, ANDREW J., TEITGE, J. SMITH y TEITGE, DENNIS W., *Society and Identity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

WILLIAMS, BERNARD, *Ethics and the Limits of Philosophy*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.

ZEGVELD, LIESBETH, *The Accountability of Armed Opposition Groups in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002.

ZIZEK, SLAVOJ, *Bienvenidos al desierto de lo real*, trad. C. Vega Solís, 2ª ed., Madrid, Akal, 2008.

ZOLO, DANILO, *Cosmópolis*, trad. R. Grasa y F. Serra, Barcelona, Paidós, 2000.

ZOLO, DANILO, *Los señores de la paz*, trad. R. Championne, Madrid, Dykinson, 2005.

ZOLO, DANILO, *La justicia de los vencedores*, trad. E. Bossi, Madrid, Trotta, 2006.

ZULAIKA, JOSEBA y DOUGLASS, WILLIAM A., *Terror and Taboo. The Follies, Fables and Faces of Terrorism*, New York, Routledge, 1996.