

Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI

Yhadist terrorism and criminal politics of the 21st century

JUAN M. TERRADILLOS BASOCO¹

Resumen

La diversidad de tipologías que presenta el terrorismo pone de relieve que la categoría “criminalidad terrorista” no responde a consideraciones ontológicas, sino a la decisión de quien, en cada caso, tiene el poder de etiquetar.

Para evitar que la política criminal antiterrorista alcance la desmesura punitiva y la ausencia de garantías propia de un Derecho penal de confrontación bélica, es necesario definir el terrorismo poniendo el acento en los dos elementos que tradicionalmente han integrado el concepto: el objetivo-estructural y el teleológico.

En el terrorismo yihadista concurren, nítida e intensamente, ambos elementos. La política criminal antiterrorista del siglo XXI, si quiere responder a las exigencias del Estado de Derecho, no puede prescindir de ese dato.

Palabras clave

Crimen organizado, derechos humanos, garantías penales, peligrosidad, política criminal, terror, terrorismo.

1 Juan María Terradillos Basoco, Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Cádiz (España). Contacto: Juan.terrardillos@uca.es.

Abstract

The fact that the terrorism has so many typologies highlights that the category known as 'terrorist criminality' is not based on an ontological considerations but on a labelling power's decision.

It is necessary to avoid that criminal policy against terrorism reaches the punitive excess and become a system without guarantees, which will mean a warlike confrontation criminal law system. In order to accomplish this, it would be required to define terrorism by pointing two traditional elements out: the factual-structural component and the teleological one.

The Jihadist terrorism has both elements in a clear and intense way. The 21st Century Criminal Policy has to take this into consideration if it pretends to supply the rule of law requirements.

Keywords

Organized Crime, Human Rights, Criminal Guarantees, Criminal policy, dangerousness, Criminal Policy, terror, terrorism.

Sumario

1. Planteamiento. 2. ¿Terrorismo/terrorismos?. 2.1. Diversidad morfológica. 2.1.1. Terrorismo "político". 2.1.2. Terrorismo nacionalista. 2.1.3. Terrorismo integrista. 2.2. Respuesta uniforme: relativismo y expansionismo. 2.2.1. Relativismo y geopolítica. 2.2.1.1. Al Qaeda. 2.2.1.2. Gadafi. 2.2.1.3. ISIS. 2.2.1.4. De la persecución al poder. 2.2.2. Expansionismo punitivo. 2.2.2.1. Derecho penal de emergencia. 2.2.2.2. Derecho penal del enemigo. 3. ¿Qué delito de terrorismo?. 3.1. Medios y fines. 3.1.1. Lesividad y peligrosidad. 3.1.2. Elemento teleológico. 3.2. Dilución de concepto y relajación de filtros. 3.2.1. Dilución del elemento organizativo. 3.2.2. Dilución del elemento teleológico. 4. ¿Qué política criminal?. 4.1. Política criminal errática/política criminal simbólica. 4.2. Pérdidas colaterales. 4.2.1. Construcción dogmática general. 4.2.2. Derecho penal de hecho. 4.2.3. Lesividad. 4.2.4. Penalidad. 5. Epílogo. 5.1. Auto-deslegitimación democrática. 5.2. Legitimidad político-criminal. 5.3. Política criminal *lato sensu*. 5.3.1. Financiación. 5.3.2. Tecnologías de la información y la comunicación. 5.3.3. Movilidad transnacional. 5.3.4. Actividades delictivas conexas. 5.4. Seguridad de los derechos fundamentales.

1. Planteamiento

El catálogo de las consecuencias provocadas por el ataque terrorista del 11.09.2011 al *World Trade Center* neoyorkino y al Pentágono no se agota en las cifras de muertes y daños económicos: *“Además de la catástrofe física -advierte VICENT-, la herida había sido profundamente espiritual. Una parte del alma de nuestra civilización quedó también bajo los cascotes y en la zona cero comenzó a crecer una enredadera que ha terminado por cubrir todo el planeta. La flor que echa esa planta es muy venenosa. Se llama paranoia”².*

Lamentablemente, la tóxica flor es epidémica en el actual panorama político criminal, porque germinó inicialmente en el campo de las estrategias antiterroristas³, para, una vez consolidada, expandirse a más amplios espacios de lucha contra la criminalidad.

La obsesión colectiva por la seguridad –sin adjetivos ni contenidos, abstracta y vacua– se acomoda en ancestrales representaciones sociales de la realidad progresivamente escoradas hacia la simplificación y abocadas, por ello, a un reduccionismo que solo es capaz de diferenciar en la humanidad dos categorías: los buenos y los malos.

Una vez identificados los primeros con “nosotros” y los segundos con “los otros”, se facilita la construcción, por parte del poder, del andamiaje teórico en el que se asienta el paso a la dualidad “amigo-enemigo”⁴, al modo propuesto por C. SCHMITT.

La simplificación, y la terminología, son asumidas en el lenguaje político, y el presidente USA, G. W. BUSH, en 2002, lanza su anatema al eje del mal (*Axis of evil*), en el que incluye inicialmente a Irak, Irán y Corea del Norte, Estados que compartirían un mínimo común denominador: practicar el terrorismo. Como es obvio, la asignación de etiquetas varía al compás, en ocasiones vertiginoso, al que danzan las alianzas internacionales y la dinámica geopolítica.

El marco generado permite intuir, ya inicialmente, dos características que han de definir la política criminal antiterrorista de nuestros días. En primer lugar, es una política presidida por la necesidad de inocuización del enemigo; en consecuencia

2 Vicent, Manuel, “La flor de la paranoia”, en *El País*, 31.08.2008. Accesible en http://elpais.com/diario/2008/08/31/ultima/1220133601_850215.html. Consulta: 01.07.2016.

3 VERVAELE, JOHN, “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?”, en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 172 a 174.

4 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Una connivencia cómplice. En torno a la construcción del denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en Juan María Terradillos Basoco, *Sistema penal y Estado de Derecho. Estudios de Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2010, p. 221.

los principios garantistas que están en el origen del Derecho penal democrático, y que lo legitiman en la medida en que lo someten a objetivos, protocolos y límites, tienden a desaparecer. Además se dan todas las condiciones para una política criminal errática y puramente simbólica: la exhibición de éxitos frente al mal, empuja hacia estrategias punitivistas y vindicativas que sustituyen la eficacia preventiva por la contundencia, de modo que mientras el abuso del *ius puniendi* potencia, sobre todo, al propio poder que lo ejerce, la lucha institucional contra el terrorismo acaba reducida a gestos e imágenes inútiles, cuyo *feedback* exige su reiteración y potenciación tanto más cuanto más ineficaces sean.

Vindicación popular, pues, bien espoleada por los medios, y presión a los poderes públicos, que reaccionan con respuestas punitivistas, que legitiman a los gestores del miedo colectivo y refuerzan su poder estigmatizador, esto es, su poder de decidir quienes integran el “nosotros”, colectivo progresivamente obsesionado por la seguridad, y el “otros”, etiqueta que cobija al grupo a neutralizar, cada vez más amplio y más vagamente definido.

2. ¿Terrorismo/terrorismos?

2.1 Diversidad morfológica

La diversidad de formas en las que se manifiesta el terrorismo mantiene viva la cuestión ¿terrorismo o terrorismos?

No debería condicionar la respuesta la abusiva utilización actual del vocablo “terrorismo” para subrayar la lesividad o peligrosidad de determinados comportamientos: tal ocurre al hablar de terrorismo machista o de terrorismo empresarial para connotar, respectivamente, la violencia de género u homófoba y la siniestralidad laboral.

Si se deja al margen el uso inapropiado de los términos, es obvio que el terrorismo ha conocido y conoce manifestaciones muy distintas, pero ubicadas todas ellas en el plano de la lucha por el poder político.

Inicialmente puede identificarse con la eliminación expeditiva y violenta de los enemigos, protagonizada desde las instancias de poder. Es *la Terreur* de la Revolución Francesa⁵, el terrorismo de Estado representado por Saint Just y Robespierre, éste al frente del Comité de Salvación Pública, cuya represión brutal de los elementos contrarrevolucionarios fue seguida, a partir de julio de 1794, por la no menos terrible reacción termidoriana.

5 DÍAZ FERNÁNDEZ, ANTONIO (dir.), *Diccionario LID. Inteligencia y Seguridad*, Madrid, LID-Ministerio de Presidencia, Madrid, 2013, p. 245.

2.1.1 Terrorismo “político”

Pero, a partir de entonces, se ha venido entendiendo por terrorismo también la oposición violenta al aparato del Estado, con un nivel de contundencia capaz de aterrorizar a grandes masas de población.

En la segunda mitad del siglo XIX, el anarquismo proporcionaría al imaginario terrorista dos paradigmas emblemáticos, el del anarquista que reacio a lo organizativo, dirige su actividad, individual o grupuscular, al tiranicidio, de tradición clásica y simbolismo evidente⁶, y la del anarco-sindicalista, que pretende desplegar colectivamente idéntica violencia no solo frente a los representantes del poder -político y económico- sino también frente a sus agentes ejecutores. En ambos casos, la “*propaganda por la acción*” constituiría la amalgama teórica, proporcionada por Kropotkin para dar coherencia a las diversas manifestaciones de violencia revolucionaria⁷.

Terrorismo, pues, altamente organizado e ideologizado que, durante el siglo XX, en el mundo occidental encarna sobre todo en grupos ubicados a la izquierda política, radicalmente enfrentados al poder económico y a su instrumento, el poder político. En ocasiones, capaces de concitar entornos de apoyo popular considerable (Panteras Negras y *Black Power*, en los USA de la década de los sesenta, acompañan, bien que con notorias diferencias, al Movimiento por los Derechos Civiles); en otras (*Rote Armee Fraktion* o *Baader-Meinhoff* en Alemania, Brigadas Rojas en Italia, GRAPO en España), en lo cuantitativo, no pasaron del “foquismo” urbano. En Latinoamérica, por su capacidad operativa y persistencia en la acción, destacan las FARC-EP, desde hace 52 años en la insurgencia armada y desde 2012 en un proceso de negociaciones para la paz con el Gobierno colombiano, con Noruega y Cuba como países garantes y Venezuela y Chile en condición de acompañantes, negociaciones concluidas en La Habana con un acuerdo bilateral y definitivo de alto el fuego, rubricado en julio de 2016. Y, con características distintas, tupamaros, enfrentados a la dictadura uruguaya y hoy integrados en el Frente Amplio que gobierna Uruguay.

2.1.2 Terrorismo nacionalista

Junto a este terrorismo de vocación revolucionaria y de emancipación política, EOKA en Chipre, ETA o Terra Lliure en España o IRA en Irlanda -organizaciones

6 BOBBIO, NORBERTO, *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988, p. 112,

7 GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1993, pp. 36 a 38.

ya disueltas o que han renunciado a las armas- incorporaron, como prioritario, el objetivo de liberación nacional frente a un poder político considerado ocupante. El Partido de los Trabajadores del Kurdistan (PKK), calificado como grupo terrorista tanto por Turquía como por los Estados Unidos de América y por la Unión Europea, ensayó en los últimos años un proceso de abandono de la lucha armada, que se ha visto condicionado por su activa intervención en la guerra contra el ISIS, guerra liderada precisamente por Estados Unidos y Europa.

2.1.3 Terrorismo integrista

El integrismo religioso ha superado en capacidad lesiva y, por ende, en capacidad para desplegar terror, al terrorismo conocido hasta finales del siglo XX. Al Qaeda, con organización militar, bases en amplios territorios, sobre todo de Afganistán y Pakistán y células activas en todo el mundo, cuenta con capacidad operativa global que se manifestó con especial contundencia en los atentados a las Torres Gemelas y al Pentágono el 11.09.2001, que provocaron alrededor de 3.000 muertos. En el caso de España, el 11.03.2004, la voladura con explosivos de cuatro trenes en Madrid, con un saldo de 192 muertes y casi dos mil heridos, fue perpetrada por personas que, originariamente impulsadas, informadas y formadas en el entorno de Al Qaeda, actuaron como organización terrorista independiente.

La mística religiosa y la superposición con la red de instituciones de esa naturaleza, garantiza a Al Qaeda, además de una logística global activable allí donde pueda identificarse la posibilidad de eliminación de infieles (cruzados), una rígida obediencia a los mandamientos religiosos, que explica la proliferación de una especialmente peligrosa tipología de terrorista: el guerrero/mártir suicida.

El objetivo de expansión universal de la sharia a través de la guerra santa impulsa también a Boko Haram, con asentamiento principal en Nigeria pero capacidad de actuación en todo el Sahel: Chad, Níger y Camerún, mas amplios territorios de la desarticulada Libia. El integrismo de Boko Haram, inicialmente de inspiración suní, fue desplazándose hacia el yihadismo salafista más violento en paralelo al fortalecimiento de sus vínculos con Al Qaeda⁸, y, posteriormente, hacia el ISIS.

El ISIS, califato islámico, asentado en amplias zonas de Siria e Irak, aporta un elemento diferenciador, si no absolutamente novedoso sí decisivo: la implantación

8 TORRES TORRES, OLGA, "La gestación de una insurgencia: antecedentes históricos e ideológicos de Boko Haram en Nigeria", en *GESI*. Grupo de Estudios de *Seguridad Internacional*, 28.09.2015. Accesible en <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/la-gestaci%C3%B3n-de-una-insurgencia-antecedentes-hist%C3%B3ricos-e-ideol%C3%B3gicos-de-boko-haram-en>. Consulta: 01.07.2016.

territorial, que sirve de base a un remedo de Estado con ejército, actividad económica y asistencial, recaudación de impuestos, administración pública (religioso-militar), control de fronteras, etc.

La proliferación de terroristas suicidas y el respaldo de una estructura para-estatal son quizá las señas de identidad del nuevo terrorismo integrista, que cuenta, además, con capacidad operativa en cualquier lugar del mundo.

Ya no se trata de contemplar el terrorismo como una manifestación delictiva más, puesto que se ha producido un cambio inicialmente cuantitativo que comienza por el crecimiento exponencial de los miembros del grupo, con las consiguientes mutaciones en las formas de organización, que llevan a una capacidad operativa cualitativamente distinta y a resultados no solo más graves, sino dotados de una lesividad desconocida hasta la incorporación al espectro terrorista de estas organizaciones para-estatales.

Este "nuevo" terrorismo produce delitos, pero además sitúa su capacidad destructiva en el plano de las amenazas a la seguridad nacional e internacional⁹.

Lo que obliga a plantearse las estrategias anti-terroristas con un enfoque distinto al que han podido tener hasta ahora: *"En los atentados del 11-S, el terrorismo internacional aparece con todo su potencial como un ente capaz de desenvolverse en el mismo terreno que las grandes potencias durante la guerra fría; esto es, un poderoso enemigo global, lo que reproduce el modelo de enemigo para el que estaban diseñados y acostumbrados los aparatos estatales, entre ellos la inteligencia"*¹⁰. A partir de este dato, el ciberespionaje y el contraespionaje están llamados a asumir el protagonismo que, frente a formas más arcaicas de terrorismo, correspondía a los instrumentos tradicionales del sistema penal-policial.

2.2 Respuesta uniforme: relativismo y expansionismo

Frente a la heterogénea pluralidad de modalidades de terrorismo, la respuesta institucional responde, en lo fundamental, a características uniformes y estáticas. Dado el elemento político que dota de contenido ideológico a la acción terrorista, la primera de estas características es el relativismo. Y dada la connotación del terrorista como enemigo frente al que "todo vale", la segunda es el expansionismo punitivista.

9 GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo", en *Revista Galega de Seguridade Pública*, Nº 9, A Estrada (Pontevedra), Centro de Estudos Xudiciais e Seguridade Pública, 2006, pp. 233 a 234.

10 DÍAZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, "2001-2011, la transformación de la inteligencia", en *Política Exterior*, Nº 143, Madrid, ed. Estudios de Política Exterior, 2011, p. 61.

2.2.1 Relativismo y geopolítica

Históricamente, el terrorismo ha sido criminalidad con objetivos políticos, a los que se superponen o añaden, según los casos, elementos religiosos, raciales o nacionales. Pero la finalidad de afectar al poder y de conmocionar el *statu quo* en el que el poder se asienta, está siempre presente.

El creciente protagonismo estatal en la criminalidad terrorista, que hoy tiene dimensión internacional, volatiliza los criterios de identificación del comportamiento terrorista, ya que comporta la confrontación de un poder estatal con otro, también dotado de capacidad de etiquetación del fenómeno.

Estado frente a Estado es tanto como relativismo valorativo y primacía de intereses geopolíticos, pues la asignación de la etiqueta de terrorista queda reducida a ejercicio de poder que, materialmente, se concreta en procesos criminalizadores supeditados a criterios tanto más ajenos a los principios del Derecho penal democrático cuanto menos democrático sea el Estado titular del *ius puniendi*.

Se pueden encontrar ejemplos que validan este aserto en todas las modalidades relevantes del terrorismo de nuestros días.

2.2.1.1 Al Qaeda

Al Qaeda nace con el apoyo financiero y armamentístico de la CIA a los muyahidines, y señaladamente a Bin Laden, en su lucha –terrorista– contra la República Socialista de Afganistán y los contingentes militares soviéticos instalados en su territorio. Más tarde, en la última década del siglo pasado, los antiguamente patriotas, a ojos de occidente y fundamentalmente de USA, pasaron, como talibanes, a constituir la más grave amenaza terrorista internacional, hasta la aparición del ISIS.

Sin embargo, el frente anti Al Qaeda también tiene fisuras. A pesar de la declarada hostilidad talibán hacia la familia real que rige Arabia Saudí, ésta, de mayoría suní y fiel aliado USA, puede sentirse confortada por la presencia activa de Al Qaeda en oriente medio, donde constituye un contrapeso a las denunciadas pretensiones hegemónicas de Irán, de mayoría chií. Es significativo que en abril de 2016 se debatiera en el Senado USA una iniciativa legislativa del partido demócrata, que permitiría a las víctimas de los atentados del 11-S en Washington y New York, demandar al gobierno saudí, sobre la base de que, de los 19 terroristas que secuestraron los aviones, 15 tenían esa nacionalidad. Las graves consecuencias de la tramitación de estas demandas, que hubiera significado aceptar la implicación terrorista del gobierno, han tenido una convincente respuesta preventiva: Arabia Saudí ha advertido que podría responder vendiendo valores del Tesoro USA y otros activos por un montante de unos 750.000 millones de dólares¹¹.

11 *Eldiario.es*, 21.04.2016, en http://www.eldiario.es/theguardian/tension-viaje-Obama-Arabia-Saudi_0_507799972.html. Consulta: 01.07.2016.

2.2.1.2 Gadafi

Muamar el Gadafi, fundador de la República Árabe Libia, gobernó de 1969 a 2011. En 1978 envió alrededor de tres mil efectivos militares libios en respaldo del dictador ugandés Idi Amin, en su guerra con Tanzania. Considerado una amenaza terrorista, durante la década de los 80 fue objeto de varios intentos de derrocamiento y asesinato, urdidos por la CIA. En 1986 un bombardeo a Trípoli ordenado por Reagan mató a Hana, la hija de Gadafi. La tensión llegó a su punto máximo en 1988, con la explosión sobre Lockerbie (Escocia), de un Boeing que volaba a USA, atribuida a órdenes de Gadafi. Murieron 259 personas.

El único autor material del atentado entregado por Gadafi a la justicia escocesa fue condenado en 2001 a reclusión perpetua. Ese gesto del dictador, tomado como signo de abandono del patrocinio terrorista, sumado a las inmensas posibilidades que abría el petróleo libio, le supuso a Gadafi la rehabilitación por parte de las potencias occidentales.

En 2003 el presidente Aznar visitó Trípoli, y Gadafi le regaló un caballo de raza árabe. El mismo año la multinacional hispano-argentina Repsol-YPF invirtió en Libia 90 millones de dólares. Repsol-YPF pasó a operar el 15% de la producción petrolera total del país.

En 2007 Gadafi visitó España, con un séquito de 300 personas, incluidas sus "amazonas vírgenes armadas". Fue oficialmente recibido por el Rey y por el presidente Rodríguez Zapatero, y, en privado, por el expresidente Aznar. El alcalde de Madrid, Alberto Ruiz Gallardón le entregó las llaves de oro de la ciudad.

En 2009, el Rey visitó Trípoli, y en 2010 exportamos armas a Libia por 11 millones de euros.

En 2011, una rebelión armada, apoyada militarmente por la OTAN, con participación española, derrocó al dictador, que terminó siendo asesinado por sus carceleros.

Gadafi fue combatido militarmente, después, apoyado con dólares y con armas, y finalmente derribado y ejecutado, al ritmo al que se le asignaba o negaba la condición de dictador patrocinador del terrorismo. Pero los criterios reales de atribución de etiquetas fueron ajenos al fenómeno terrorista.

2.2.1.3 ISIS

El ISIS, un para-estado de origen terrorista y origen a su vez de acciones terroristas en todo el mundo, y específicamente en Europa (París, 13.11.2015, Sala Bataclán y Estadio de Francia, 137 muertos; Bruselas, 22.3.2016, aeropuerto y metro,

35 muertos) nace como oposición armada a la ocupación de Irak por un contingente internacional de tropas; entre ellas, por decisión del presidente Aznar, las españolas (hasta 2004). Grupos de terroristas insurgentes o de defensores de su territorio, según quien ejerza en cada momento el poder de etiquetar, constituyeron, a partir de 2006 el Estado Islámico de Irak, aprovechándose tanto de la decisión USA de desmantelar las Fuerzas Armadas iraquíes y de laminar el partido Baaz -lo que había dejado inerte al nuevo régimen gobernado por Al Maliki- como del descontento que generó en la población el terror sembrado por los invasores, en forma de asesinatos indiscriminados, torturas en las cárceles, o de un exilio forzado que llevó a más de dos millones y medio de iraquíes a instalarse en Siria. Simultáneamente en Siria, las revueltas de 2011, enraizadas en el fenómeno más complejo de la “primavera árabe”, fueron reprimidas duramente por Bashar al Assad. Lo que facilitó la incorporación de grandes masas de población al movimiento insurgente que, confluyendo con el iraquí, dio lugar a la proclamación del Estado, luego Califato, Islámico de Irak y Levante en 2013¹², que, con un ejército bien pertrechado tomó posiciones en territorio iraquí y sirio sin apenas resistencia, imponiendo el terror en nombre de un “*distorsionado e instrumentalizado Islam*”, de orientación suní¹³.

En agosto de 2014 Obama prometió acabar con el ISIS, y una alianza militar integrada por EEUU, Arabia Saudí, Emiratos o Jordania empezó a bombardear focos operativos del grupo terrorista

Pero existe una sub-política real de convivencia con el ISIS, en la que participan Israel, Turquía o la propia Arabia Saudí. Para Israel es útil que Hezbolá desgaste sus fuerzas luchando en territorio sirio contra el ISIS; y para la suní Arabia Saudí, es importante que los cruzados del ISIS neutralicen un preocupante fortalecimiento del régimen chií de Irán o su hegemonía en Irak. De ahí que la monarquía saudí haga la vista gorda ante la financiación del teórico enemigo por parte de poderosas familias árabes¹⁴. Turquía, por su parte, encuentra en el ISIS un aliado objetivo para frenar el crecimiento chií o el avance de las milicias del PKK, por lo que, incluso, permitió la salida, a través de sus fronteras, de caravanas de cientos de camiones que, cargados de petróleo, contribuyeron de manera decisiva a la financiación inicial del ISIS¹⁵. De

12 BERENGUER, FRANCISCO JOSÉ, “El yihadismo como mayor amenaza contemporánea”, en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, N° 26, Madrid, 2016, pp. 178 a 179.

13 RODRÍGUEZ, OLGA “Cómo surge el ISIS, cómo se financia, quiénes hacen la vista gorda (1)”: *el diario.es*, 16.11.2015. Accesible en http://www.eldiario.es/zonacritica/ISIS-financia-hacen-vida-gorda_6_452914729.html. Consulta: 01.07.2016.

14 FAUX, JEFF, “Why Is Iran Our Enemy?”, en *Insight - Free thinking for global social progress*, junio 2016. Accesible en <http://www.insightweb.it/web/content/why-iran-our-enemy>. Consulta: 01.07.2016.

15 RODRÍGUEZ, OLGA, “Cómo surge el ISIS, cómo se financia, quiénes hacen la vista gorda (1)”, cit.

hecho, la inhibición turca ha concluido cuando la presión de las potencias aliadas y la preocupante incorporación, a través de la frontera con Siria, de miles de militantes turcos al ISIS, empujó al Gobierno de Erdogan a la intolerancia con los insurgentes, respondida por estos con, entre otros, el atentado al Aeropuerto de Ankara, con medio centenar de muertos, el 28 de junio de 2016¹⁶.

2.2.1.4 De la persecución al poder

Isaac Rabin, miembro del Palmaj, el cuerpo de élite del ejército clandestino hebreo que se enfrentó al Mandato Británico de Palestina, por lo que fue encarcelado en 1946, llegó a primer Ministro de Israel y obtuvo, en 1994, el premio Nobel de la Paz. Premio compartido con Yasser Arafat, presidente de la autoridad palestina, pero antes considerado por las potencias occidentales, en cuanto líder de la OLP -la organización terrorista más rica del mundo, según un informe de 1993 del antiguo Servicio Nacional de Inteligencia Criminal británico-, un peligroso terrorista internacional. Ambos murieron asesinados.

Dilma Rouseff, presidente de Brasil, fue condenada y presa, durante tres años, como guerrillera terrorista por un tribunal militar de su país en 1970; y José Mujica, que pasó en las prisiones uruguayas quince años, como terrorista tupamaro, ha sido presidente de la República entre 2010 y 2015.

Se trata de ejemplos que muestran como la etiqueta de terrorista se distribuye de acuerdo con criterios contingentes que se agrupan en torno al elemento definidor básico: enemigo del poder. De suerte que los cambiantes intereses del poder de turno son los que van determinando la selección de sujetos a inocular.

Porque, por encima de tipologías organizativas diferentes, de credos contrapuestos, de modos de actuación heterogéneos, la monocorde respuesta estatal va siempre dirigida a inocular -olvidando que ese no es el único objetivo de la política criminal democrática-, y a rentabilizar la represión en términos de fortalecimiento del poder: expansionismo punitivo, pues, no necesariamente vinculado a las necesidades de prevención.

2.2.2 Expansionismo punitivo

La, al parecer, imparable tendencia hacia la simplificación que comporta el progresivo endurecimiento de la respuesta penal frente al terrorismo y sus alledaños, se nutre ideológicamente de dos líneas de pensamiento que comparten el desprecio

16 MOURENZA, ANDRÉS y GUTIÉRREZ, ÓSCAR, "Por qué Turquía es (objetivo del ISIS", en El País, 29.06.2016. Accesible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/29/actualidad/1467198952_556670.html. Consulta: 01.07.2016.

por las garantías y la aversión a la evaluación autocrítica de resultados. Se trata de las construcciones teóricas conocidas como “Derecho penal de la emergencia” y “Derecho penal del enemigo”. Para las primeras, la preterición de las garantías, cuyo alcance viene determinado por la magnitud de la emergencia, es transitoria y coyuntural; para las segundas, es estructural y permanente, aunque limitada a lo irreductiblemente incompatible con el sistema¹⁷. Aquel no cuestiona, en su globalidad, el catálogo de garantías; las somete a hibernación. Éste propone una revolución del modelo.

2.2.2.1 Derecho penal de emergencia

El Derecho penal de la emergencia o de la excepción baja los brazos ante el desarme garantista con el propósito de retornar al modelo democrático una vez superada la crisis, pero así permite la irrupción en el Derecho penal de un caballo de Troya que, una vez dentro, se instalará permanentemente en el sistema¹⁸.

Un socorrido ejemplo es el que brinda el Derecho penal italiano: la *ley Reale* (nº 152, de 22.05.1975) inauguró una política criminal excepcional con importantes recortes de garantías tanto del Derecho penal procesal como sustantivo, justificados por la necesidad de tutela del orden público, recortes que la ley nº 191, de 21.03.1978, inmediata al asesinato de Aldo Moro, ampliaría, llevándolos al campo de la lucha anti-terrorista. La *ley Cossiga* (nº 15, de 6.02.1980) llegaría, con el mismo objetivo al paroxismo represivo. Y, una vez pervertidos los principios del sistema, la ley nº 646, de 13.sep.1982, subsiguiente al asesinato del general Dalla Chiesa, extendió el modelo emergencial a la política criminal anti-mafia. Con estos antecedentes, la Ley nº 438, de 15.12.2001, sobre “*Disposiciones urgentes para contrarrestar el terrorismo internacional*”, reformó, ya con posterioridad a los atentados neoyorkinos de 2001, los códigos penal y procesal penal, introduciendo nuevos tipos delictivos y ampliando las posibilidades de la investigación¹⁹. Lo que nació como respuesta a la emergencia se transformó progresivamente en normalidad estructural.

17 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, en José Ramón Serrano Piedecabras y Eduardo Demetrio Crespo (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, Iustel, 2010, p. 290.

18 FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 1995, pp. 828 a 831.

19 ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE y GÓNZALEZ, HORTENSIA, “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, en *Real Instituto Elcano. ARI. Nº 7.2006*, 19.01.2006. Accesible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%207-2006. Consulta: 01.07.2016.

No muy diferente ha sido el *iter* del Derecho español. Toda la legislación antiterrorista del inicial período constitucional, comenzando por los Reales Decretos Leyes 3 y 19/1979, y siguiendo con la Ley 2/1981, de Defensa de la Democracia, y las Leyes Orgánicas 11/1980 y 9/1984, contenían puntos de conflicto con la Constitución, reiteradamente denunciados por el Tribunal Constitucional. Las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, incorporaron la legislación antiterrorista -incluido el contenido de preceptos que, en el momento de su aprobación, ya habían sido declarados inconstitucionales- al Código Penal (CP) y a la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁰. Tras sucesivos parcheados de uno y otro *corpus*, la Ley Orgánica 2/2015 -fruto del "pacto anyihadista" suscrito tras el atentado a *Charlie-Hebdo* (7.1.2015) por los partidos Popular y Socialista Obrero Español, mayoritarios entonces en el Parlamento- ha procedido a la última, y prácticamente total, reforma de la materia, para, según advierte en su Preámbulo, adaptar el ordenamiento español tanto a los requerimientos de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (UN) 2178, de 24.09.2014, como a las características del nuevo terrorismo internacional, "*de corte yihadista*", caracterizado por la incorporación de nuevas formas de agresión, organización, adoctrinamiento y adiestramiento, lo que -resalta el Preámbulo de la Ley- obliga "*a la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual*".

No carece de significado el cambio de ubicación de la normativa antiterrorista por el que se decantó el legislador español. Lo que nació como respuesta a un fenómeno estimado transitorio -con lo que se pretendía justificar su insalvable fricción con los principios constitucionales, a la espera de superar la coyuntura- pasa a ser considerado, con razón, amenaza estable²¹. En consecuencia, la respuesta jurídico-penal, que coherentemente ha de tener vocación de permanencia, abandona el ámbito de las leyes sectoriales para integrarse en el CP común. Se ha pasado de un modelo acorde con la ideología de la emergencia a otro de Derecho penal del enemigo²².

2.2.2.2 Derecho penal del enemigo

El Derecho penal del enemigo, en efecto, dejando de lado el objetivo de tutela de bienes jurídicos, "*siente la urgencia de vencer una lucha, en defensa*

20 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988, págs. 27 a 31.

21 BERENGUER, FRANCISCO JOSÉ, "El yihadismo como mayor amenaza contemporánea", cit., p. 181.

22 GIL GIL, ALICIA, "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista» (1)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° LXVII, Madrid, Ministerio de Justicia, 2014, p. 107.

del Estado, de las instituciones y de los particulares”, y se dirige a la “tutela a los ciudadanos frente a los enemigos”²³. Tales propuestas exigen la previa distinción, formulada por Jakobs, entre establecimiento de un “estado comunitario-legal” y su mantenimiento. A partir de ahí, extrae la conclusión de que la violencia estatal para el establecimiento de un orden de vigencia de derechos humanos, frente a sus violadores que no ofrecen “seguridad suficiente de ser personas... no es una pena contra personas culpables, sino contra enemigos peligrosos, y por ello debería llamarse la cosa por su nombre: Derecho penal del enemigo”²⁴.

La legislación antiterrorista del siglo XXI ha seguido estos derroteros, impulsada por la respuesta USA a los atentados de septiembre de 2001.

La *USA Patriot Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism)*, de 26.10.2001, limitó severamente, aunque con carácter transitorio, el sistema de tutela de derechos fundamentales, en especial en materia de intimidación y secreto de las comunicaciones, derechos de defensa, o privación de libertad, en lo que constituyó “la expansión más fuerte de la autoridad ejecutiva desde la guerra fría en los EEUU”. Aunque quizá la más clarificadora de las manifestaciones de “Derecho penal del enemigo” fuera la polémica “creación de Tribunales militares de excepción para juzgar a ciudadanos extranjeros sospechosos de participar en actividades terroristas, o poner en peligro la seguridad nacional en virtud de la Orden Presidencial de 13.11.2001 (*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War against Terrorism*)”²⁵.

La hegemonía, no solo ideológica, de los USA se tradujo, de manera inmediata, en la incorporación explícita de las mismas estrategias político-criminales por parte de los países de su ámbito de influencia: en la UE, por ejemplo, a través de la *Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre lucha contra el terrorismo (2002/475/JAI)*, que introdujo la primera definición de terrorismo común para todos los Estados miembros.

Una política criminal que se decanta por estas opciones de negación del Derecho, provoca, si llevada a la exasperación, una consecuencia inevitable: la violencia que se opone a un poder fáctico no legítimo, por ejemplo por negar derechos humanos esenciales, no puede ser calificada como delictiva –en la medida en que no se enfrenta a un “estado comunitario-legal”- y, por lo mismo, la reacción del poder (que

23 DONINI, MASSIMO, “El Derecho penal frente al enemigo”, en Patricia Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 17 y 93.

24 JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2006, pp. 54 a 55.

25 ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE y GÓNZALEZ, HORTENSIA, “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, cit.

no del Estado) frente a esa violencia, es puramente fáctica –bélica-. Ese aparato de poder, solo formalmente estatal, se sitúa al nivel, ajurídico, del terrorista al que así etiqueta y al que, como tal, combate. Se trata de una confrontación entre agentes valorativamente iguales, a la que el mundo del Derecho le resulta ajeno.

Las propuestas de Derecho penal del enemigo son, pues, propuestas de legitimación de la reacción estatal ilimitada frente al terrorista; pero también de parificación entre violencia contra el poder y violencia de los aparatos estatales puramente fácticos. Son opciones que, en contra de lo sugerido por su denominación, salen del marco de la reflexión jurídica -que es reflexión sobre reglas formalizadas- para quedar reducidas a la descripción de dinámicas de ejercicio del poder²⁶.

La consolidación, sobre todo en Centroeuropa, de movimientos y organizaciones islamofóbicas abiertamente delictivas pero arropadas por partidos políticos integrados en el *stablishment*, pone de relieve la vigencia de estas ideologías del acoso al distinto al margen de las cauces jurídicos.

3. ¿Qué delito de terrorismo?

La contundencia de la respuesta frente al terrorismo no se manifiesta solo en la ausencia de garantías. El expansionismo comienza en la fase de tipificación, en la que el concepto ha experimentado un crecimiento pluridireccional, que refleja que es terrorismo lo que el legislador ha decidido que lo sea, atendiendo más que a contenidos materiales, al objetivo de justificar las especialidades penales, procesales, policiales de la política criminal antiterrorista. Y, dado que ésta camina hacia la minimización de garantías, a la maximización de los espacios de intervención punitiva y a la flexibilización de los criterios de imputación penal, el concepto pierde progresivamente elementos definidores -que siempre limitan al *ius puniendi*- para diluirse en la total vaguedad.

3.1 Medios y fines

Las definiciones tradicionales de terrorismo vienen a coincidir en dos elementos: peligrosidad y lesividad de los medios y objetivo político. Concurrencia pues, por emplear una terminología aceptada, de un elemento estructural u objetivo²⁷ y de otro teleológico, identificado aquél, fundamentalmente, con el

26 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, cit., pp. 272 a 273.

27 La organización no es sino un elemento objetivo más, que potencia la peligrosidad y la lesividad; por tanto, aquí emplearemos los adjetivos “estructural” u “objetivo” englobando lo que, en otras clasificaciones doctrinales de los elementos (estructural, objetivo y teleológico) se contempla separadamente.

hecho de actuar en el seno de una organización, y éste, con la finalidad de subversión del orden político²⁸.

La ambición en los objetivos y la dañosidad de los medios, especialmente los personales, amplificada por la organización que les brinda apoyo logístico y les procura impunidad -todo ello multiplicado cuando el campo de acción es supranacional-, tiene como primer efecto el terror, que será el caldo de cultivo desde el que avanzar hacia los objetivos políticos últimos.

En esa lesividad, que apunta a bienes jurídicos que, en lo cuantitativo y/o en lo cualitativo, van más allá de los directamente afectados por el hecho terrorista, encuentra legitimación una respuesta penal más grave que en el caso de otros delitos de dañosidad más restringida.

3.1.1 Lesividad y peligrosidad

El terror, como sensación colectiva, deriva, en primer lugar, de la lesividad, en acto o en potencia, de los medios empleados. La concurrencia de estructuras organizadas, por sí sola, no la garantiza, pero puede aportar condiciones de peligrosidad máxima de sujetos y medios.

En ausencia de esos medios, no procede hablar de terrorismo, simplemente porque sin ellos los intentos de subversión del poder no aterrorizan. Por el contrario, los medios que, aunque al servicio de objetivos constitucionalmente respetables, entran, por su contundencia y capacidad destructiva indiscriminada, en colisión insalvable con derechos fundamentales y son idóneos para sembrar terror en la comunidad, nos sitúan en el ámbito del terrorismo. Así lo entendió en Derecho histórico español, la pionera Ley de 10 de julio de 1894, dirigida confesadamente a responder al terrorismo anarquista, definido en razón de los medios empleados: sustancias o productos explosivos²⁹.

De ordinario, alcanzar cotas de lesividad y peligrosidad objetiva relevantes, requiere aportes colectivos, más o menos formalizados. Requiere la actuación de un aparato organizativo que, con dosis variables de estabilidad, jerarquización y división de funciones, es *conditio sine qua* non de peligrosidad expansiva en el tiempo y en el espacio, que es el medio idóneo para difundir el terror³⁰.

28 Ver, por todos, ALICIA GIL GIL, "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista (1)», cit., p. 115.

29 APARICIO ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA, LUIS ÁNGEL, "Enfrentamientos asimétricos. la respuesta del estado español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)", en *Boletín de Información. Ministerio de Defensa*, N° 322, Madrid, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2011, pp. 121 a 123.

30 Aunque también son detectables opiniones abiertamente discrepantes, para las que actuar en grupo organizado o individualmente es indiferente: JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, "El Derecho penal frente al

Cierto que el individuo que realiza los actos de violencia criminal por sí solo –aunque siempre incentivado y auxiliado en lo técnico por otros– puede alcanzar unos resultados tan desorbitados que se justifique en el lenguaje cotidiano, hablar de terrorismo.

El presidente Obama calificó como “acto de terrorismo y odio” el asesinato de 49 personas perpetrado en una discoteca gay de Orlando el 12.06.2016 por Omar Siddique Mateen. El ISIS asumió, aunque fuentes policiales no dieron credibilidad a la reivindicación, la autoría del ataque. Pero lo interesante es determinar en qué medida existe vinculación entre ejecutor y organización, para decidir la respuesta político-criminalmente más adecuada. Es obvio que si la investigación de los hechos lleva a concluir que Mateen actuó solo, aunque hubiera tenido acceso a las consignas indiscriminadamente difundidas por el ISIS, su acción no requiere la misma respuesta que si hubiera planificado los hechos de acuerdo con otros militantes, ejecutado órdenes recibidas o utilizado medios proporcionados por la organización, etc. Policial, procesal y político-criminalmente las estrategias serán distintas. También lo deben ser las dogmáticas.

Si alguna justificación puede tener el tratamiento penal diferencial del crimen terrorista frente a la delincuencia común es su capacidad de reiterar los actos de violencia grave, con protagonistas distintos en otros marcos espaciales y cronológicos. Lo que requiere la concurrencia de un aparato organizado, incluso embrionariamente. De otro modo el delito puede ser execrable, pero no anuncio serio de males futuros.

De esta evidencia se hace eco la Resolución del Consejo de Seguridad UN 2195, sesión 7351ª, de 19.12.2014, sobre amenazas a la paz y seguridad internacionales, que destaca la necesidad de un compromiso internacional para prevenir y combatir el terrorismo, vinculado a la “*delincuencia organizada transnacional*”.

En Derecho comparado, no obstante, el elemento organizativo queda preterido y la opción más extendida es la de hacer pivotar el concepto de terrorismo sobre el elemento teleológico y sobre la gravedad -variable- de los delitos cometidos. Por el contrario, el StGB alemán ha venido construyendo las tipologías terroristas sobre la concurrencia de una asociación criminal (art. 129 a).

3.1.2 Elemento teleológico

Una vez fijado el umbral mínimo a partir del cual la contundencia de los medios pone las condiciones para generar terror colectivo, procede tomar en consideración el elemento teleológico.

terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en José Luis Gómez Colomer y José Luis González Cussac (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 73.

No se puede considerar cumplido este requisito por el mero hecho de que el sujeto actuante responda a una abstracta motivación política.

El acto terrorista aterroriza, pero con un objetivo ulterior³¹. Tal como propone Cancio, al elemento objetivo –la peligrosidad de los medios, potenciada por la organización-, se debe añadir una doble finalidad: “*la utilización del terror como estrategia de comunicación*”, y “*la dirección política*”, identificada esta con la pretensión de disputar al Estado un espacio normativo o fáctico³².

Este proyecto falta en manifestaciones de violencia grave que, aunque también provoquen terror, no son, en puridad, terroristas.

Aunque el denominado narcoterrorismo expande sensaciones de terror en la población, sería un error tratarlo penal, procesal, política o policialmente como terrorismo, porque no lo es, ni criminológica ni normativamente³³. Tampoco lo era la violencia de los *Teddy Boys*, en los años 50 del siglo pasado -hoy se hablaría de bandas urbanas o, en la más dura de sus manifestaciones, de las “maras”-, agresividad física propia de entornos suburbanos cuya finalidad se agota en su mismo ejercicio. Ni lo eran los excesos de las bacanales, los de las brujas o los de los Templarios en el interior de sus fortalezas –por cierto, todos ellos magnificados y utilizados por el poder institucionalizado con fines de autofortalecimiento³⁴-, porque falta el elemento teleológico último. Por recurrir a un ejemplo más actual: tal como inicialmente lo describieron los medios, el asesinato de 49 personas perpetrado en la discoteca Pulse de Orlando (USA) el 12.06.2016, de naturaleza homofóbica, no soporta la calificación de terrorista tanto por la ausencia de organización³⁵ como por la finalidad de su autor, ajena al acceso al poder.

El terror no se constituye, pues, en objetivo, sino en instrumento, entre otros, de la lucha política. Lo que coincide con los resultados de una interpretación gramatical

31 En sentido contrario NICOLÁS GARCÍA RIVAS: “*Que el motivo sea político, religioso o ideológico en general, importa poco en el panorama del nuevo terrorismo. Lo verdaderamente importante es que el acto tenga como finalidad provocar el terror en la población*”, “La tipificación “europea” del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas”, en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 303. Es el criterio que ha hecho suyo el CP español, en el que la finalidad de provocar un estado de terror, basta, entre otras, para calificar a un delito como terrorista (art. 573.1.4ª).

32 CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en Carlos García Valdés y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. II, Madrid, Edisofer, 2008, pp. 1904 y 1896.

33 Cuestión distinta es la concomitancia, frecuentemente en relación medio-fin, del narcotráfico, el tráfico de armas, el blanqueo de activos, etc., con el terrorismo, denunciada por la Resolución 1373 (2001), del Consejo de Seguridad UN, 4385ª sesión, de 28.09.2001.

34 BAROJA, JULIO CARO, *Terror y terrorismo*, Madrid, Plaza y Janés, 1989, pp. 82 y 40.

35 Ver, supra, 3.1.1.

del término “terrorismo”, que, en el Diccionario de la Real Academia Española tiene tres acepciones: “1. m. *Dominación por el terror*. 2. m. *Sucesión de actos de violencia ejecutados para infundir terror*. 3. m. *Actuación criminal de bandas organizadas, que, reiteradamente y por lo común de modo indiscriminado, pretende crear alarma social con fines políticos*”. Tan solo la segunda se conforma con la orientación al terror sin más. En las otras dos (dominación, fines políticos) se incorporan objetivos ulteriores al terror, que queda, así, constituido en medio y no en fin.

De hecho, los terrorismos que hemos conocido explicitan sus objetivos- acabar con un modelo económico, imponer la sharia, golpear al imperialismo, liberar un territorio y a sus gentes, etc. - porque de otro modo habrían renunciado a pretender siquiera la aceptación social de la violencia ejercida.

Ésta no se legitima, en el argumentario terrorista, por sí misma, sino como imprescindible mal menor instrumental: es preciso hacer ostentación de capacidad destructiva, no sólo hacia el poder establecido, sino, y sobre todo, hacia la colectividad indeterminada, o a partes muy amplias de ella, como medio de coaccionar directamente al poder o de impulsar al colectivo a sumarse a la reivindicación de cambios en el poder.

En coherencia con la concepción del terrorismo como terror dirigido a fines, es obligatorio distinguir el terrorismo para acceder subversivamente al poder político del ejercido desde los aparatos de poder político.

Aunque se haya cuestionado, desde un punto de vista técnico-jurídico, la posibilidad misma de un terrorismo de Estado³⁶, es obvio que, si se deja de lado la óptica normativa definicional y se avanza hacia una perspectiva ontológica, el terrorismo de Estado, o, quizá con mayor propiedad, desde el Estado, aparece no solo como una realidad, sino como una de las modalidades más relevantes de la criminalidad terrorista³⁷.

Así lo reconoce la Resolución de la Asamblea General UN, A/RES/49/60 (09.12.1994), de *Medidas para eliminar el terrorismo Internacional*, entre cuyas manifestaciones incluye expresamente los actos en que “*hay Estados directa o indirectamente involucrados*”

De hecho, en el terrorismo de Estado la concurrencia de los elementos estructural u objetivo y teleológico alcanza una nitidez perceptible de inmediato.

El elemento estructural viene naturalmente dado por la vinculación del acto terrorista al aparato público, con las secuelas de incremento de lesividad, garantía

36 GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, cit., p. 76.

37 Ver PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, “Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)”, en LUIS A. ARROYO ZAPATERO e IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (dir.), *Homenaje al Dr. Barbero Santos. In memoriam*, II, Madrid, Ediciones de la UCLM-Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, p. 505.

de impunidad, indefensión de las víctimas, control de la opinión pública, y, sobre todo, implicación en la burla a los derechos humanos de aparatos institucionales que, constitucionalmente, deberían ser sus guardianes.

El elemento teleológico también está presente en el terrorismo de Estado, que, heredero directo del “Terror de Dios” hebraico o del helénico “Terror pánico”³⁸, busca consolidación o profundización del poder. Y no siempre a través de la difusión directa del terror a la colectividad; por el contrario, prefiere dar imagen de eficacia implacable frente a la resistencia identificada o a la eventual insurgencia, que siempre integran colectivos determinados. Prefiere incluso, frente a la colectividad, ocultar el terror, y, solo cuando no logra hacerlo, intenta legitimarlo acudiendo a especiosas argumentaciones ideológicas del tipo del Derecho penal del enemigo o disfrazándolo de confrontación bélica: no ya como abuso del *ius puniendi* aplicado a un conjunto de ciudadanos, sino como contienda frente al enemigo exterior (el *hostis*), no sometida a Derecho sino abocada a la victoria por aniquilación del contrario³⁹.

Finalmente, la importancia del elemento teleológico como objetivo subsiguiente al acto aterrorizador, exige adentrarse en sus características. No hacerlo sería tanto como analizar el continente sin prestar atención al contenido.

La “dirección política” es relevante. Que se oriente hacia la implantación o profundización de los contenidos sustantivos del Estado de Derecho, o, por el contrario, hacia su sustitución por modelos totalitarios, no puede ser un dato despreciable en la conceptualización del terrorismo.

La violencia de emancipación, dirigida a remover modelos políticos totalitarios, no genera por sí misma terror, sino confianza, puesto que apunta a la ampliación de zonas de libertad. Sólo cuando sea indiscriminada y amenace difusamente a la colectividad y no sólo a los agentes eficaces de la tiranía, será también terrorista, pues, en este caso, el terror surge, irremediablemente de la naturaleza de los medios.

En cambio, la violencia para la implantación o consolidación de modelos totalitarios es –si sustentada en el mínimo aparato organizativo- siempre terrorista, porque su objetivo final es la implantación del terror. Aunque los medios, aisladamente considerados, no sean idóneos para aterrorizar a sectores indeterminados de población, sí lo serán puestos en relación con las características de la estructura que los emplea y del modelo al que avanzan. La violencia de quien proclama impulsar un modelo verosímil de Estado, construido sobre y para la aniquilación de los sujetos de otras razas o que practiquen otros credos religiosos, genera, aunque en sí no sea desmesurada, terror.

38 BAROJA, JULIO CARO, *Terror y terrorismo*, cit., pp. 21 y 31.

39 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, cit., p. 283.

No se trata, es obvio, de distinguir entre el terrorismo bueno y el malo. La negación masiva, indiscriminada, presente o probable, de derechos humanos fundamentales aterroriza siempre. Aunque los medios para llegar a esa situación sean de lesividad limitada: la violencia selectiva que asesina a Martin Luther King (Memphis, 1968) o a Monseñor Romero (San Salvador, 1980), puede comportar elementos que autorizan a hablar de criminalidad terrorista, elementos que, por el contrario, quizá estén ausentes en la acción, extremadamente violenta, que ejecuta al convoy de paramilitares genocidas en la aldea guatemalteca⁴⁰.

3.2 Dilución de concepto y relajación de filtros

Los dos elementos integrantes del concepto de terrorismo no tienen como única función la descriptiva. El fenómeno terrorista es poliédrico y quizá sea susceptible de múltiples definiciones que subrayen o relativicen la importancia de los posibles, elementos constitutivos, también múltiples. Lo relevante no es, empero, correr hacia una definición que, por yuxtaposición, los integre todos, sino intentar llegar a una conceptualización útil a la política criminal democrática. No a un concepto susceptible de ser utilizado autoritariamente para calificar como terrorista cualquier manifestación delictiva que resulte incómoda al poder, sino un concepto conciliable con los principios de legalidad, lesividad y culpabilidad, que sirva para definir los contornos del ámbito de ejercicio constitucional del *ius puniendi*.

De ahí que la exigencia de una especial peligrosidad objetiva, derivada de la utilización de medios especialmente lesivos, potenciados además por el respaldo de una organización estructurada, junto a la finalidad política de sustituir una forma de poder por otra específica, tenga una función política que excede lo descriptivo: acotar el campo de lo punible de manera específica.

Sin embargo, la tendencia político-criminal que se consolida es la contraria: prescindir de los elementos que tradicionalmente han conformado el concepto, vaciándolo de contenido y neutralizando su función de filtro.

3.2.1 Dilución del elemento organizativo

Así, se minimiza la posible eficacia limitadora (garantista) del elemento estructural cuando se consideran delito terrorista manifestaciones de criminalidad que, por su escasa gravedad o por su naturaleza, no pueden sembrar el terror colectivo o, al menos, no lo pueden hacer de forma relevante.

Parece obvio, y más si se acude a la historia, que para aterrorizar, la violencia criminal ejercida ha de presentar visos de proliferación; y que los delincuentes serán

40 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo", cit., p. 277.

tanto más peligrosos cuando actúen colectivamente, no solo por consideraciones cuantitativas, sino porque la integración en un aparato organizado permite una más idónea planificación y ejecución de los ataques, asegura su reiteración, potencia las estrategias de comunicación del grupo, diversifica las actividades (tráfico de armas, lavado de activos, falsificación de documentos, corrupción de funcionarios públicos), facilita la impunidad y crea zonas de superposición entre las actividades lícitas, las irregulares y las abiertamente delictivas. La organización es, en definitiva, un poderoso catalizador de la capacidad de aterrorizar, y, en consecuencia, tradicionalmente la criminalidad terrorista ha sido en la praxis, en las leyes penales o procesales y en los protocolos policiales y judiciales, criminalidad organizada.

El CP español relativiza la importancia del elemento organizativo cuando, tal como ya explicaba el Preámbulo de la Ley Orgánica 5/2010, en el caso del terrorismo, deja de lado el criterio mantenido respecto a la criminalidad en general, y *“opta por equiparar plenamente el tratamiento punitivo de los grupos terroristas al de las organizaciones propiamente dichas”*.

Las razones del legislador para mantener la distinción entre grupo y organización criminal (artículos 570 bis y 570 ter) tanto en la tipificación de la conducta como en la selección de la pena aplicable, desaparecen cuando de terrorismo se trata, y a tenor del art. 571, *“se considerarán organizaciones o grupos terroristas...”*, indistintamente las que tengan por objeto la comisión de delitos de terrorismo.

La Ley Orgánica 2/2015 mantiene esta equiparación normativa y su Preámbulo la fundamenta en la pretensión de responder a *“la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación”*.

Es cierto que el *modus operandi* de ciertas organizaciones terroristas, señaladamente Al Qaeda, obliga a tener en cuenta la autonomía relativa del grupúsculo ejecutivo. Pero la puesta en práctica de acciones terroristas concretas por grupos que gozan de cierta capacidad de decisión sobre lo contingente de sus acciones, no autoriza a deducir que no se integran en poderosas y jerarquizadas organizaciones. De hecho, los últimos atentados de París (2015) y Bruselas (2016), como antes los de Nueva York y Washington (2001), responden a una planificación rigurosa, obra de una inteligencia bien organizada, que moviliza recursos en varios Estados, que se apoya en un aparato logístico a caballo entre lo clandestino y lo aparentemente legal, y que remite a estrategias de alcance internacional. El terrorismo yihadista no es obra de voluntaristas agrupaciones transitorias, sino de organizaciones criminales.

Así lo reconoce el Tribunal Supremo español que, rehuendo la simplificación que ha llevado al legislador a difuminar características diferenciadoras, advierte que la ausencia o falta de prueba de integración formal en las estructuras de Al Qaeda no significa que el elemento "organización" esté ausente. Por el contrario, *"la inspiración religiosa o ideológica de Al Qaeda y su impulso organizativo no se traducen en integración formal en sus estructuras, sino que se manifiesta en la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales."* (Sentencia 503/2008, de 17.07, Fundamento Jurídico 1º.5).

Pero, aunque la decisión, diseño y ejecución de algún delito terrorista correspondiera a grupos que, por su débil o coyuntural estructura, no toleran la calificación de organizaciones criminales, ello no refutaría la conveniencia político-criminal de diferenciar la respuesta frente a lo que, en la realidad es diferente; y la mayor o menor solidez de la estructura organizativa no es, y menos en Derecho penal, un dato desdeñable.

Además, en el ordenamiento español, apenas se diferencian los distintos niveles de integración y protagonismo en la organización o grupo terrorista, y se castigan con idéntica pena tanto la participación activa como el hecho de formar parte, no activamente, en ellos (art. 572). El legislador ha recurrido, pues, a una fórmula que ignora la relevancia de la criminalidad organizada, en cuanto mide por el mismo rasero a quien milita activamente en la organización en la que se diseñan estrategias, se distribuyen funciones y se asignan tareas, y a quien se limita a formar parte de ella sin aportar actividad. Pero si se antepone la integración formal en la organización a la actuación organizada, se castiga, en ausencia de hechos, atendiendo a criterios de Derecho penal de autor⁴¹.

El CP español procede a la definitiva deshabilitación del denominado elemento estructural del concepto de terrorismo al castigar agravadamente como delitos terroristas los de desórdenes públicos, rebelión y sedición *"cuando se cometan por una organización o grupo terrorista o individualmente pero amparados en ellos"* (art. 573 bis.4). No se trata, como se ha pretendido explicar, de hacer frente al inexistente

41 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "Delitos contra el orden público. II", en Juan María Terradillos Basoco (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo III. Volumen II, 2ª ed., Madrid, Iustel, 2016, cit., pp. 397 a 398.

“lobo solitario”, terrorista que en la iconografía de los medios se correspondería con el integrista islámico que decide y ejecuta sus delitos de manera absolutamente autónoma, sino de una herencia de la decisión política de criminalizar como terrorista al responsable de violencias callejeras (*kale borroka*), cuya vinculación con el colectivo terrorista no puede probarse⁴². La Ley Orgánica 2/2015 ha ido más allá, y ya no se limita al castigo, como delito terrorista, de ese específico delito cometido individualmente, sino que lo colectivo-organizativo ha desaparecido de la definición de delitos terroristas del art. 572 bis.

El otro expediente seguido por el CP español para el licenciamiento del elemento objetivo es la consideración como terroristas de delitos que, por su gravedad o por su naturaleza, no pueden constituir medio idóneo para generar o extender un terror social relevante. Si ya el sustrato estructural queda relativizado en la nueva configuración legal de organizaciones y grupos criminales, que, al menos, deben contar entre sus objetivos con el de cometer “delitos”⁴³, en el caso de organizaciones y grupos terroristas se potencia ese efecto, por cuanto serán tales en cuanto incorporen la finalidad de cometer “*alguno de los delitos*” de la Sección 2ª del Capítulo VII (art. 571): alguno, en singular, que no en todos los casos ha de ser grave.

En efecto, a tenor del artículo 573, que pretende incorporar la definición de la Decisión Marco 2008/919/JAI (28.11.2008) de la Unión Europea, tendrá la consideración de terrorista “*cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías*” (art. 573.1), además de los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quáter (art. 573.2), siempre que su comisión se lleve a cabo con cualquiera de las finalidades recogidas en el propio artículo. También tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los tipificados en el Capítulo VII (art. 573.3).

Si se tiene en cuenta que delito grave es el castigado con pena grave (art. 13.1) y que son penas graves, por ejemplo, la suspensión de empleo o cargo público

42 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Delitos contra el orden público. II”, cit., p. 398.

43 FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO, “Organizaciones y grupos criminales. (Arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)”, en José Luis González Cussac (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1348 a 1349.

o la prohibición de aproximarse a la víctima por tiempo superior a cinco años, o la privación del derecho a la tenencia de armas por tiempo superior a ocho años (art. 33.1), se podrá concluir que la gravedad del delito ha dejado de ser una característica de la criminalidad terrorista. Cuando delitos graves contra el patrimonio -por ejemplo, administración desleal o estafa que comporten defraudación superior a 50.000€ (art. 250.1.5º, art. 252.1)- pueden ser, a la luz de la literalidad del art. 573, constitutivos de terrorismo, al igual que pueden serlo los daños informáticos del art. 264 -y en este caso sin necesidad de que tengan la condición de delitos graves- con solo añadir la finalidad típica, es obvio que el elemento objetivo ha quedado definitivamente diluido⁴⁴.

3.2.2 Dilución del elemento teleológico

Parecería que, una vez laminado el elemento estructural-objetivo, el delito terrorista queda definido exclusivamente por el teleológico.

Pero tampoco la finalidad perseguida puede, en el CP español constituir asidero suficiente. En efecto, como ya se adelantó, en la definición de grupos u organizaciones terroristas desaparece la referencia a la finalidad política, que, sin embargo, reaparece para calificar a ciertos delitos como terroristas. Lo serán siempre que su comisión se lleve a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades: *"1.ª) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; 2.ª) Alterar gravemente la paz pública; 3.ª) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional; 4.ª) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella"* (art. 573).

La finalidad de provocar terror, si este no constituye un medio para el logro de ulteriores objetivos políticos, no puede transformar, por sí sola, en terrorista lo que no lo es. Quizá el legislador ha entendido que el delito dirigido a provocar terror incorpora un plus de potencial antijuricidad, y que, en consecuencia, es acreedor de una pena más grave que la procedente cuando no concurre. Mas ésta es consideración que, aunque problemática, tiene proyección general y no exclusiva sobre la política criminal antiterrorista.

La finalidad de alteración grave de la paz pública, que se satisface, en lo objetivo, con la sola causación del disturbio, tampoco puede ser suficiente. Por otra

44 MACÍAS CARO, VÍCTOR MANUEL, "Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana", en *Revista Penal*, N° 36, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 143.

parte, los difusos perfiles y la multitud de percepciones de lo que ha de entenderse por “paz pública”, pueden conducir a *“una subjetivación incompatible con el principio del hecho”*⁴⁵. Incluso aceptando la rigurosa conceptualización que de la paz pública realiza la sentencia del Tribunal Supremo 199/1987 -que la identifica con el normal ejercicio de los derechos fundamentales *“lo que constituye uno de los presupuestos del orden público y de la paz social”*-, su alteración es consecuencia del empleo de medios idóneos para atemorizar a la población, con lo que permanece ajena a la finalidad política en los términos ya propuestos⁴⁶ (ver, supra, III.1.b).

Tampoco, por los mismos argumentos, puede resultar suficiente para calificar un delito como terrorista el hecho de que se dirija a *“obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”*. La finalidad terrorista comporta disputar al Estado espacios de poder y no puede conformarse con la manifestación de desacuerdo -todo lo delictiva que se quiera- con la política concreta de una determinada autoridad.

4. ¿Qué política criminal?

4.1 Política criminal errática/política criminal simbólica

Las estrategias político-criminales que comparten los criterios reflejados en el CP español no pueden resultar eficaces en la lucha preventiva contra el delito terrorista.

En primer lugar, porque lo que han pretendido no es tanto la eficacia preventiva como la articulación de un sistema penal de punitivismo simbólico, dirigido, ante todo, a responder a requerimientos de la prevención general positiva: afirmación de vigencia del orden jurídico violado por el delito, a través de la visibilidad de la pena⁴⁷. Así lo han reconocido explícitamente los Preámbulos de las últimas leyes reformadoras del CP español.

En aras de esos objetivos se recurre, ante todo, a la pena segura, en el sentido de ineludible, y exacerbada, en cuanto no limitada por las necesidades de prevención o por el principio de proporcionalidad, sino adecuada al reclamo vindicativo de los

45 GIL GIL, ALICIA, “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista» (1)”, cit., p. 117.

46 En contra, GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo”, cit., p. 236.

47 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “La reforma española de 2012. Líneas maestras”, en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, N° 78, Medellín, Universidad EAFIT, 2012, pp. 14 a 15.

medios de comunicación o de las víctimas⁴⁸, que, más que titulares del derecho a la reparación, aparecen como espurios agentes definidores de la política criminal. Sin embargo, como todo el mundo sabe, los debates parlamentarios limitados a estrategias amigo-enemigo no son idóneos para implementar políticas preventivas eficaces, sino para definir criterios de asignación discriminante de la pena.

Esa perversa consecuencia viene facilitada por la consciente indefinición legal del terrorismo. Al prescindir de los elementos estructural y teleológico, lo penalizado queda diluido y el Derecho penal recupera su peor función de distribución desigual de la criminalización primaria y secundaria.

Lastra la política criminal antiterrorista el olvido, por parte del legislador, de la realidad yihadista, que constituye lo más granado del terrorismo actual. La guerra santa islámica contra los infieles cruzados lleva a operaciones violentas y fuertemente ideologizadas que tienen como finalidad la sustitución de la cultura, valores, principios y, sobre todo, poderes de las sociedades no musulmanas, implantando la *sharia*, como norma básica reguladora de la convivencia, de la mano del poder clerical. Objetivos, pues, ideológicos servidos por el fanatismo, que lleva a los guerreros a aceptar la condición de mártires suicidas.

Las estrategias político-criminales que, en la tipificación de la delincuencia terrorista del siglo XXI desprecian los elementos estructural y teleológico que, con toda evidencia, caracterizan al terrorismo yihadista, han optado por fórmulas que, en su desmesura, permiten, sí, castigar como terrorista al activista de Greenpeace, que pretende obligar a los poderes públicos a alterar una decisión en materia medioambiental; pero no parece que hayan dado con una definición de terrorismo adecuada a sus manifestaciones más preocupantes.

4.2 Pérdidas colaterales

Resulta problemático plantearse un balance de la política penal antiterrorista. No solo porque en los aparentes triunfos o fracasos concurren multitud de factores heterogéneos. También, y sobre todo, porque sabemos que no se puede exigir al Derecho penal resultados absolutamente exitosos. El legislador penal carece de poderes taumáturgicos para lograrlos; aunque a veces su soberbia le haga pensar lo contrario y se permita justificar su producción legislativa de orientación represiva y desproporcionada apelando a la evidente, solo para él, eficacia de la ley.

Parece existir acuerdo generalizado en que el delito, como todo fenómeno humano, tiene causas, y esas causas se sitúan extramuros de los Parlamentos. Por

48 CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, cit., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010, p. 37.

lo tanto, si la historia de la política criminal se resume en un confesado fracaso, en la medida en que no ha generado una prevención eficaz, o no tenemos constancia empírica de ello, tampoco podemos esperar una cuantificación definitiva de los resultados positivos de la lucha penal antiterrorista.

Pero donde sí se puede constatar un fracaso cierto es en el retroceso de garantías penales que el terrorismo ha arrancado al Estado. No parece que el terrorismo pueda poner en jaque a un Estado moderno, incluidas sus fuerzas armadas y su aparato de inteligencia, pero su primera victoria sobre el Estado de Derecho se manifiesta en el conjunto de garantías penales a las que ese Estado ha sido capaz de renunciar⁴⁹. Son, en palabras de Cancio, los “*costes de contaminación*”⁵⁰.

Con carácter general, el más alto precio pagado por las políticas antiterroristas expansivas es la desaparición de los límites al *ius puniendi* estatal, en coherencia con la propuesta, enraizada en Schmitt o en Hobbes, de que “*quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación*”⁵¹.

En consecuencia, la respuesta del Estado frente al terrorismo se reduce a Derecho penal del enemigo, lo que supone aceptar, de manera realista e incluso pretendidamente respetuosa con las exigencias garantistas, la presencia de esta categoría: “*quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho... debería llamar de otro modo aquello que hay que hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada*”⁵².

La contundencia del pronunciamiento hace patente, sin embargo, que cuando se organiza la guerra, se abandona el Derecho⁵³, y el titular del *ius puniendi* se manifiesta desprovisto, total o parcialmente, de la base en que se debería asentar su monopolio de la violencia legítima: la tutela de derechos y libertades. Dado que se lucha contra individuos que “*mediante su incorporación a una organización... se*

49 ASÚA BATARRITA, ADELA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, ‘finalidades terroristas’ y ‘conductas periféricas’”, en Manuel Cancio Meliá y Carlos Gómez Jara Díez (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. 1*, Buenos Aires-Madrid-Montevideo, Edisofer-B de F., 2006, p. 247.

50 CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, en Patricia Faraldo Cabana (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 170.

51 JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” cit., p. 41.

52 JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” cit., p. 43.

53 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Una connivencia cómplice. En torno a la construcción del denominado Derecho penal del enemigo”, cit., pp. 223 a 224.

han apartado probablemente de manera duradera, al menos de modo decidido, del Derecho, es decir, que no prestan la garantía cognitiva mínima que es necesaria para el tratamiento como persona... la punibilidad se adelanta un gran trecho hacia el ámbito de la preparación, y la pena se dirige hacia el aseguramiento frente a hechos futuros, no a la sanción de hechos cometidos”⁵⁴.

La política criminal antiterrorista actual aporta, al respecto, significativos ejemplos.

4.2.1 Construcción dogmática general

Con carácter general, se hace tabula rasa de tradicionales categorías dogmáticas, constitutivas también de garantía política, aceptando la identificación entre autoría y participación, o entre delito consumado y fases ejecutivas imperfectas o preparatorias. O extendiendo la colaboración típica hasta abarcar cualquier modalidad de favorecimiento, lo que, en la práctica, significa su espuria utilización para eludir dificultades de prueba.

4.2.2 Derecho penal de hecho

Ampliar el espacio de lo punible extendiendo los tipos asociativos hasta cubrir formas marginales de intervención, no es posible sino a través de una descripción del hecho que lo sea también del autor. Y de ahí se derivan consecuencias de *status*: *“una suerte de cualificación personal que incide sobre el régimen de las medidas de prevención, sobre las cautelares, sobre la prueba, sobre la ejecución penal, sobre la cooperación internacional, sobre la extradición, pero también sobre las medidas premiales, etc.”*⁵⁵.

En realidad, la deriva hacia el Derecho penal de autor parte de una descalificación carente de base empírica: se acepta, incluso desde sectores preocupados por la pervivencia del sistema de garantías, que el terrorista ha decidido romper *in totum* el pacto social, rechazar las reglas del juego democrático y cometer delitos. De ahí se deduce, siguiendo la lógica peligrósista, que el Derecho penal debe mirar también hacia el autor⁵⁶.

Pero la coherencia de la propuesta resulta cuestionable ya desde el sofisma del que arranca, puesto que todo delincuente, excluido el ocasional o el que lo es por imprudencia, decide colocarse frente al sistema cuando delinque. Aunque ni siquiera se plantee ese posicionamiento, lo cierto es que, al destruir conscientemente

54 JAKOBS, GÜNTHER, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo” cit., p. 40.

55 DONINI, MASSIMO, “El Derecho penal frente al enemigo”, cit., p. 36.

56 Donini, Massimo, “El Derecho penal frente al enemigo”, cit., p. 60.

bienes jurídicos esenciales al sistema, se coloca en posición hostil. Al igual que el terrorista, el delincuente “común” supedita la vida o la libertad ajenas a sus pretensiones económicas, instrumentaliza a individuos cuya dignidad pisotea para satisfacer sus apetencias sexuales, daña irreversiblemente el medio ambiente. etc. Y, sin embargo, se prefiere desconocer que este elemento es común a toda la delincuencia grave, y se reserva solo para el terrorista una respuesta específica, basada en consideraciones de peligrosidad criminal, en razón de los motivos, también específicos, que le impulsan a actuar⁵⁷. De este modo, se extiende la tipicidad a supuestos de discrepancia política o ideológica, alzaprimando lo subjetivo sobre lo objetivo-organizativo.

El ordenamiento español parece responder a esta mistificación. Tal como ha estudiado el Tribunal Supremo, en los delitos de asociación ilícita, cabe “*una suerte de militancia pasiva ... dando a entender la posible concurrencia de asociados no activos que quedarían extramuros del tipo penal*”, pero “*en el caso de organizaciones terroristas, no efectúa el Código esa diferenciación [y] no es concebible una integración inactiva*”⁵⁸. Si se tiene en cuenta que el art. 572 del CP español criminaliza tanto a quienes participan “*activamente*” en sus actividades como a quienes simplemente “*formaren parte de ellos*”, hay que concluir que la participación inactiva -si fuese posible- es típica. Lo que, con independencia de los intentos jurisprudenciales por reconducir la interpretación a los ámbitos definidos por el axioma del Derecho penal de hecho⁵⁹, refleja que en el legislador han pesado, con carácter decisorio, criterios criminalizadores propios de Derecho penal de autor⁶⁰.

La superación de la tentación subjetivista es compatible con tener en cuenta el móvil último, pero siempre que ese dato lo utilice el legislador como condicionante, junto a los elementos de matriz objetiva, de la calificación del comportamiento como terrorista; no para implementar tipicidades y penalidades autónomas.

4.2.3 Lesividad

Una vez puesto el acento en lo personal/subjetivo, en detrimento de lo exigido por el modelo de Derecho penal de hecho, la lesividad, como contenido nuclear y definidor del delito, se desvanece.

57 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, cit., p. 280.

58 Tribunal Supremo, sala segunda, sentencia 716/2015, de 19 de noviembre, Fundamento de Derecho Segundo, 3.

59 Reivindicando lo obvio: que “*a la hora de plasmar el "activismo" de los acusados en la organización se precisa acudir a hechos empíricos que describan esa actividad*”: Tribunal Supremo, sala segunda, sentencia 716/2015, de 19 de noviembre, Fundamento de Derecho Segundo, 3.

60 Ver *supra* 3.2.1.

Así se pone de relieve en el art. 575 del CP español, que castiga la recepción de adoctrinamiento y adiestramiento militar, incluido el pasivo, dirigido a la capacitación para cometer cualquiera de los delitos de terrorismo. Se entiende que comete este delito quien *“acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”*... o quien *“adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”*.

Castigar, con penas graves de prisión, la tenencia de o el acceso -a través de servicios abiertos al público- a documentos idóneos por su contenido para incitar a la colaboración con los fines de un grupo terrorista, ya no es solo adelantar las barreras de la punición más allá de los límites tradicionales fijados por los principios definidores de las clases de participación y de las formas imperfectas de ejecución: es castigar por no haber hecho nada. O, quizá, por la comisión del orwelliano crimen de pensamiento.

En la misma línea, el art. 576.1 del CP castiga, con prisión de cinco a diez años y multa, al que por cualquier medio posea, utilice, recabe o realice cualquier otra actividad con bienes o valores *“con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados”* para cometer delitos de terrorismo. No es necesario que los bienes o valores se pongan a disposición del responsable de delito de terrorismo. Si así ocurriera, se impondrá la pena superior en grado. Y si los bienes o valores fueren efectivamente empleados en la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará, según los casos, como coautoría o complicidad (art. 576.2). En consecuencia, el tipo básico castiga al poseedor de bienes consciente de que, llegada la circunstancia, serán utilizados por el terrorismo. Y, ya que parece que no se puede considerar delictiva la posesión de bienes, hay que concluir que lo que se castiga es la aceptación consciente por parte de quien nada ha hecho. Por otra parte, si los bienes fueren empleados por otros en la ejecución del delito terrorista, su titular inicial responderá -por responsabilidad objetiva- en coautoría. El Derecho penal de autor adquiere protagonismo tanto como retrocede el principio de culpabilidad y se relativizan los principios de imputación objetiva.

Añádase que, al haber prescindido el legislador del elemento estructural, quedan criminalizadas las conductas de financiación y colaboración remotas con el

terrorista individual⁶¹, lo que supone una extensión inexplicable de normas que ya originariamente expandían lo excepcionalmente castigado, para terminar llevando la represión penal hasta “*el amigo del enemigo*”⁶².

4.2.4 Penalidad

Los catálogos de sanciones por los que se decanta la actual política criminal antiterrorista, rompen con principios que, como el de prevención o el de humanidad, están constitucionalmente consagrados no solo en cuanto garantía del ciudadano –lo que no debería ser poco- sino también como funcional condición de racionalidad del sistema.

El CP español ha incorporado, en este punto, importantes novedades. La prisión permanente revisable que, bajo el eufemismo de “*prisión por el tiempo máximo previsto en este Código*”, introducido por la Ley Orgánica 2/2015, se impondrá, a tenor del art. 573 bis 1.1^a, en los delitos de terrorismo con resultado muerte, o la prisión de hasta 40 años, -con 35 de cumplimiento efectivo intramuros- son sólo llamativos ejemplos del retroceso de un modelo constitucional que proclama la orientación reinsertadora y resocializadora de la pena privativa de libertad⁶³.

Por su parte, las condenas a pena privativa de libertad grave o menos grave conllevarán la medida de libertad vigilada de uno a diez años. La previsión de una medida de seguridad, de ejecución posterior a la pena de prisión, topa con objeciones críticas que la doctrina ha hecho evidentes desde la Ley Orgánica 5/2010: las medidas de seguridad responden a la peligrosidad personal del sujeto, y, en consecuencia, no pueden deducirse mecánicamente, como hace el CP español, de la naturaleza del hecho. Por otra parte, la criminalidad terrorista responde, en su nacimiento y en su extinción, a factores de muy diverso orden, entre los cuales los vinculados a la personalidad del sujeto revisten una importancia muy relativa.

Por razones político-criminales no siempre compatibles con las exigencias del modelo constitucional, es tradicional recurrir en esta materia a los instrumentos propios del Derecho penal premial, en cuya virtud se rebaja considerablemente la pena del arrepentido que confiesa los hechos en que haya participado, o que colabora

61 MACÍAS CARO, VÍCTOR MANUEL, “Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana”, cit., p. 143.

62 NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, en *Revista Penal*, Nº 37, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 130.

63 Constitución Española, art. 25.2: “*Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social*”.

con las autoridades para evitar o minimizar los efectos del delito o para allegar pruebas que permitan capturar a otros responsables o desarticular la organización.

La exigencia de colaboración activa y eficaz para atenuar o rebajar la pena presenta inconvenientes doctrinalmente denunciados desde la instauración de las primeras manifestaciones de Derecho penal premial⁶⁴, pero, en estos casos, auguran una rentabilidad escasa en el marco de una batalla al terrorismo tributaria, en buena medida, del imaginado “lobo solitario” yihadista, que, por carecer de conocimientos sobre la estrategia y organización generales, difícilmente puede prestar ese tipo de colaboración⁶⁵.

5. Epílogo

5.1 Autodeslegitimación democrática

Cualquier debate sobre la cuestión terrorista debe retomar este simple, pero ineludible, punto de partida: analizar si el Derecho penal —y qué Derecho penal— puede prevenir eficazmente los delitos terroristas; y valorar los costes que, para el Estado de Derecho, tienen las políticas expansivas que han terminado por identificar política criminal con conflicto bélico⁶⁶.

El primer resultado que arroja ese análisis, es que las actuales orientaciones político-criminales en la materia han provocado una mutación sustancial de los principios de actuación que deben dirigir el ejercicio del *ius puniendi* democrático. De este modo, relativizando garantías y criterios de imputación, el Estado de Derecho ha aceptado entrar en un proceso de auto-negación que lleva a que sea cada vez menos “de Derecho” y cada vez más “poder”. Con lo que ha contribuido a la primera victoria de los terroristas: la deslegitimación del sistema.

La deslegitimación alcanza su cenit cuando logra que el Estado sitúe al terrorista no ya en el plano de los ciudadanos/súbditos a los que se impone la ley, sino en el de los contendientes en conflicto abierto. En ese marco, tal como propone la doctrina del Derecho penal del enemigo, el ciudadano/persona es reducido a la condición de “*hostis*” a neutralizar, y el Estado, que ya no oculta la carencia de fuentes de legitimación, aparece como mero titular de la fuerza bruta.

64 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, “El coimputado que colabora con la Justicia penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-05, Granada, 2005, pp. 05:9 y 05:10. Accesible en <http://criminolnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta: 01.07.2016.

65 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “Delitos contra el orden público. II”, cit., p. 405.

66 CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, cit., p. 170.

El otro plato de la balanza, el de los beneficios obtenidos por las políticas de recorte de libertades, aparece, sin embargo, sustancialmente vacío. No existen investigaciones que adveren los éxitos de las políticas involucionistas. Claro que siempre se puede acudir al especioso argumento de que tampoco se ha demostrado lo contrario. Pero la lógica más elemental veta la apelación a la *probatio diabolica*, e impone la carga de la prueba a quienes se decantan por un incremento de la punibilidad⁶⁷

No se han documentado, en efecto, grandes éxitos de la política-criminal antiterrorista atribuibles a la eficacia presuntamente vinculada a la degradación de los instrumentos jurídicos penales y procesales⁶⁸. Y, a la inversa, cabe intuir su nula eficacia, especialmente frente al terrorista suicida (*rectius*: mártir)⁶⁹ o a redes con implantación global, apoyo estatal y autonomía funcional de sus elementos, que, además, se valen de la tecnología más avanzada —y más incontrolable— para planificar y difundir sus “golpes”.

5.2 Legitimidad político-criminal

Frente a la tentación de desmesura, procede, hoy más que nunca, reivindicar una política criminal consciente tanto de los instrumentos con que puede contar el Derecho penal democrático como de las características de la delincuencia terrorista. Ésta no es sino criminalidad violenta y organizada, idónea para difundir terror y dirigida a minar el núcleo del Estado constitucional.

Ese plus, importante, de lesividad, es el que debe determinar las especificidades de la respuesta penal, que, lejos de perderse en la búsqueda de tipos de autor y penas desproporcionadas, ha de tomar como referencia los delitos comunes, acotando la tipicidad específica por referencia estricta al objetivo político último y al elemento estructural, con sus corolarios: mayor capacidad lesiva, mayores posibilidades de pervivencia, mayor impunidad, etc.

Por lo mismo, las expresiones de opinión, las formas periféricas de favorecimiento, el denominado “terrorismo individual”, no pueden seguir siendo considerados manifestaciones de terrorismo: carecen de la peligrosidad objetiva para fundamentar una reacción punitiva específica.

67 CANCIO MELIÁ, MANUEL, “Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación”, cit., p. 164.

68 NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, “Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional”, cit., pp. 121 a 123.

69 POST, JERROLD, “Identidad colectiva: el odio que se inculca desde los huesos”, en *IIP Digital*, 15.09.2008, pp. 13-14. Accesible en <http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2008/09/20080915140040pii0.1114618.html#axzz46SEsVv00>. Consulta: 01.07.2016.

Y en el ámbito procesal, se impone la vuelta a los principios garantistas ordinarios, proscribiendo opciones inquisitoriales que no tienen otro efecto que el de mistificar unos procedimientos nacidos no solo como límites políticos vinculados al principio de dignidad personal sino también como *conditio sine quae non* de eficacia de la investigación: nadie ha podido probar –si es que alguien lo ha intentado- la pertinencia de restringir, en nombre de la eficacia, los derechos de defensa, o la utilidad de prolongar la detención policial. Guantánamo, con sus prisioneros confinados desde 2002 con el anticonstitucional etiquetaje de “combatientes enemigos” sin acusación formal ni sentencia condenatoria, constituye un didáctico ejemplo.

Es particularmente pertinente la reivindicación, en esta materia, de la vigencia de la presunción de inocencia, notoriamente debilitada cuando los propios delitos de asociación ilícita –más la tipificación autónoma de formas triviales de colaboración o de lejanos actos preparatorios- garantizan la perversión procesal: sirven para afirmar la responsabilidad por hechos desconocidos de autores conocidos⁷⁰.

5.3 Política criminal lato sensu

Si toda la delincuencia, y también la terrorista, tienen un origen complejo, es inútil pretender acabar con ella mediante el solo recurso a la conminación penal.

5.3.1 Financiación

Es indispensable una política criminal más amplia -amén de una política *stricto sensu* que afronte las facetas profundas del problema-, en la que, por ejemplo, han de ocupar un lugar preferente los instrumentos destinados a yugular la financiación del terrorismo. Si es cierto que, hasta el Convenio internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, hecho en Nueva York el 9.12.1999, la comunidad internacional no parecía ser consciente de la importancia de esta cuestión, no lo es menos que desde entonces, tanto a nivel global como sectorial, se han implementado sistemas de control de la financiación del crimen⁷¹, que pueden tener eficacia preventiva muy superior a la presuntamente derivada de la continua elevación de las penas.

De hecho, la primera respuesta del Gobierno norteamericano a los sucesos terroristas de 11.09.2001 fue la Orden Ejecutiva (13224) dictada por el presidente

70 DONINI, MASSIMO, “El Derecho penal frente al enemigo”, cit., p. 91.

71 MERINO HERRERA, JOAQUÍN, “Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo”, en *Revista Penal*, Nº 36, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 155.

Bush el 24 de septiembre de 2001, sobre financiación terrorista (*Executive Order on Terrorist Financing. Blocking Property and Prohibiting Transactions with Persons who Commit, Threaten to Commit or Support Terrorism*), en virtud de la cual se bloquearon los bienes de individuos y organizaciones vinculados a Al-Qaeda⁷².

Quince años más tarde se mantiene en esta línea de intervención la Resolución 2195 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad de UN en su 7351ª sesión, de 19 de diciembre, que insta a la aplicación de *“las amplias normas internacionales enunciadas en las cuarenta recomendaciones revisadas del Grupo de Acción Financiera (GAFI) sobre la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo y de la proliferación de armas, incluso adoptando y aplicando eficazmente medidas legislativas y regulatorias, para que las autoridades nacionales competentes puedan congelar, incautar, decomisar y gestionar los activos de origen delictivo, a fin de combatir las actividades financieras ilícitas, incluida la financiación del terrorismo y el blanqueo de dinero, y alienta a los Estados de la región de África a que prosigan su colaboración con los organismos regionales análogos al GAFI”*.

Las Conclusiones en materia de lucha antiterrorista del Consejo de la Unión Europea y de los Estados miembros (20.11.2015)⁷³ son más concretas en sus detalladas propuestas de *“correcta integración de la red FIU.net para el intercambio de información en Europol, ... para mejorar la efectividad y eficiencia de la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo con arreglo a las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), para reforzar los controles de formas de pago no bancarias, como los pagos electrónicos o anónimos, los envíos de dinero, el transporte de fondos, las divisas virtuales, las transferencias de oro o metales preciosos y las tarjetas prepagadas”*.

5.3.2 Tecnologías de la información y la comunicación

Por su parte, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han asumido un protagonismo destacado en las actuales estrategias antiterroristas, que entienden que hoy lo relevante no será tanto poner a los Parlamentos a insistir en la maquinaria de producción de represión penal, sino incorporar a las estrategias estatales e internacionales de inteligencia y seguridad los medios necesarios para el conocimiento y la posibilidad de intervención en el universo *on line*. En esta dirección,

72 ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE y GÓNZALEZ, HORTENSIA, “Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales”, cit.

73 <http://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2015/11/20-jha-conclusions-counter-terrorism/>. Consulta: 01.07.2016.

la Resolución 2195 (2014) alienta a los Estados miembros al *"fortalecimiento de los sistemas nacionales, regionales y mundiales de recopilación, análisis e intercambio de información, incluida información policial y de inteligencia"*.

5.3.3 Movilidad transnacional

El terrorismo yihadista ha desplegado una capacidad operativa basada en el integrismo religioso que se extiende hasta donde puedan desplazarse o actuar militantes que compartan esa ideología, es decir, hasta cualquier lugar del globo. Por otra parte, en Afganistán y Pakistán o en Siria e Irak, Al Qaeda y el ISIS concentran bases logísticas de adoctrinamiento y adiestramiento de las que parten individuos o grupos reducidos para golpear, de manera inmediata o diferida, allá donde, en cada momento, resulte más aconsejable.

En ese contexto, el control de los desplazamientos internacionales se adviera como objetivo preventivo estratégico. A ese objetivo apuntan tanto la ya mencionada Resolución 2195 (2014) como la 2178 (2014), aprobada por el Consejo de Seguridad UN en su sesión de 24 de diciembre, que instan a los Estados a que *"fortalezcan la gestión de fronteras para prevenir la circulación de terroristas y grupos terroristas"*, a que *"intensifiquen y agilicen el intercambio de información sobre las actividades o los movimientos de terroristas"*, y a que *"cooperen en las iniciativas para afrontar la amenaza que plantean los combatientes terroristas extranjeros"*.

Con alcance más restringido, el 22.10.2015, en Riga (Letonia) se ha suscrito, con las firmas, entre otros Estados, de España, así como de la Unión Europea, el Protocolo adicional al Convenio para la Prevención del Terrorismo del Consejo de Europa, que apunta a reforzar la cooperación internacional con el objetivo de impedir las idas y retornos de yihadistas a zonas de conflicto. Y las Conclusiones del Consejo de la UE de 20.11.2015 subrayan *"la urgencia y prioridad de poner a punto... un ambicioso registro de la UE de nombres de los pasajeros, que deberá incluir los vuelos interiores en su ámbito de aplicación, prever un plazo lo suficientemente largo durante el cual los datos del registro puedan conservarse en formato no enmascarado y no limitarse a delitos de carácter transnacional"*.

5.3.4 Actividades delictivas conexas

Otro punto de atención de la política criminal actual viene dado por la inserción de los delitos de terrorismo en el contexto de la criminalidad organizada, dentro del que conviven con *"actividades delictivas conexas"* (Resolución del Consejo de Seguridad UN, 2195): narcotráfico, tráfico de armas, trata de seres humanos, lavado de activos, comercio ilegal de bienes culturales, etc.

5.3.5 Cooperación internacional

Abordar el ambicioso catálogo de retos que plantea la criminalidad terrorista supranacional organizada, requiere el compromiso de la comunidad internacional en la cooperación por encima de las fronteras convencionales.

Y el primer paso en el diseño de estrategias asumidas por varios Estados ha de ser la puesta en común de la información, incluida la sensible⁷⁴. Sobre estos aspectos inciden las Conclusiones del Consejo de la Unión Europea de 20.11.2015: uso efectivo del Sistema de Información Shengen II, del European Criminal Records Information System y del acervo PRÜM, y potenciación de la cooperación internacional con el apoyo de instituciones específicamente europeas (Europol, Eurojust, Frontex, etc.).

5.4 Seguridad de los derechos fundamentales

En cualquier caso, es conveniente evitar la dicotomía simplificadora “seguridad-libertad”, siempre interpretada en el sentido de que el incremento de la primera exige, como ineluctable peaje, el sacrificio de la segunda⁷⁵. Cuando lo que muestra la historia es que los espacios de libertad han sido más amplios en el marco de Estados seguros. Porque la seguridad no es un bien autónomo que se explique y justifique en sí mismo: la seguridad es seguridad de algo, y ese algo, en el Estado democrático, es ejercicio seguro de derechos fundamentales⁷⁶.

Cierto que las características del terrorismo cósmico de nuestros días aconsejan superar la ingenuidad e implementar instrumentos de defensa adecuados a la magnitud de la amenaza. Pero la vía no puede ser la renuncia a las garantías constitucionales ni su ajuste a la baja, como aconseja la aceptación de las llamadas “terceras vías”⁷⁷. Sería volver a los sofismas del Derecho penal de la excepción. Lo que procede es, sin salir del plano represivo, implementar medios policiales y procesales que puedan, técnica y jurídicamente, hacer frente al reto planteado. Pero ese esfuerzo, que debe hacerse y no se hace quizá porque no es rentable a corto plazo ni en éxitos fulgurantes ni en términos electorales, no supone recorte de garantías penales ni perversión de las categorías dogmáticas acuñadas a lo largo

74 BERENGUER, FRANCISCO JOSÉ, “El yihadismo como mayor amenaza contemporánea”, cit., p. 181.

75 BERENGUER, FRANCISCO JOSÉ, “El yihadismo como mayor amenaza contemporánea”, cit., pp. 181 a 182.

76 TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, “¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?”, en *Nueva Tribuna*, 24.12.2013. Accesible en <http://www.nuevatribuna.es/articulo/espana/derecho-seguridad-seguridad-derechos/20131224180935099468.html>. Consulta: 01.07.2016.

77 GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, “Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo”, cit., p. 246.

de siglos de construcción laboriosa de un sistema penal políticamente democrático y técnicamente eficiente. Que es lo contrario de lo producido por las estrategias simbólicas y vindicativas actuales, muy útiles para el fortalecimiento del poder, pero inidóneas para la prevención.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE, y GÓNZALEZ, HORTENSIA, "Legislación antiterrorista comparada después de los atentados del 11 de septiembre y su incidencia en el ejercicio de los derechos fundamentales", en *Real Instituto Elcano. ARI*. N° 7.2006, 19.01.2006. Accesible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/Elcano_es/Zonas_es/ARI%207-2006. Consulta: 01.07.2016.
- APARICIO ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA, LUIS ÁNGEL, "Enfrentamientos asimétricos. la respuesta del estado español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)", en *Boletín de Información. Ministerio de Defensa*, N° 322, Madrid, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, 2011.
- 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 (coord.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión. 1*, Buenos Aires-Madrid-Montevideo, Edisofer-B de F., 2006
- BERENGUER, FRANCISCO JOSÉ, "El yihadismo como mayor amenaza contemporánea", en *Gaceta Sindical. Reflexión y Debate*, N° 26, Madrid, 2016.
- BOBBIO, NORBERTO, *Las ideologías y el poder en crisis*, Barcelona, Ariel, 1988.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Algunas reflexiones preliminares sobre los delitos de terrorismo: eficacia y contaminación", en Faldo Cabana, Patricia (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- CANCIO MELIÁ, MANUEL, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en GARCÍA VALDÉS, CARLOS y otros, *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. II, Madrid, Edisofer, 2008.
- CARO BAROJA, JULIO, *Terror y terrorismo*, Madrid, Plaza y Janés, 1989.
- CEREZO DOMÍNGUEZ, ANA ISABEL, *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2010.
- DÍAZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, "2001-2011, la transformación de la inteligencia", en *Política Exterior*, N° 143, Madrid, ed. Estudios de Política Exterior, 2011.

- DÍAZ FERNÁNDEZ, ANTONIO, (dir.), *Diccionario LID. Inteligencia y Seguridad*, Madrid, LID-Ministerio de Presidencia, Madrid, 2013.
- DONINI, MASSIMO, "El Derecho penal frente al enemigo", en Faraldo Cabana, Patricia (dir.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- FAUX, JEFF, "Why Is Iran Our Enemy?", en *Insight - Free thinking for global social progress*, junio 2016. Accesible en <http://www.insightweb.it/web/content/why-iran-our-enemy>. Consulta: 01.07.2016.
- FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, ANTONIO, "Organizaciones y grupos criminales. (Arts. 570 bis, 570 ter, 572 y 574)", en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, 2ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed., Madrid, Trotta, 1995.
- GARCÍA RIVAS, NICOLÁS, "La tipificación "europea" del delito terrorista en la Decisión Marco de 2002: análisis y perspectivas", en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007.
- GARCÍA SAN PEDRO, JOSÉ, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, 1993.
- GIL GIL, ALICIA, "La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista (1)»", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, N° LXVII, Madrid, Ministerio de Justicia, 2014.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, "Nuevas amenazas a la seguridad nacional: los desafíos del nuevo terrorismo", en *Revista Galega de Seguridade Pública*, N° 9, A Estrada (Pontevedra), Centro de Estudios Xudiciais e Seguridade Pública, 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ LUIS, "El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas", en Gómez Colomer, José Luis y González Cussac, José Luis (coord.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.
- JAKOBS, GÜNTHER, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", en Jakobs, Günther y Cancio Meliá, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 2006.
- MACÍAS CARO, VÍCTOR MANUEL, "Del orden público al terrorismo pasando por la seguridad ciudadana", en *Revista Penal*, N° 36, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MERINO HERRERA, JOAQUÍN, "Estrategias de persecución penal contra la financiación del terrorismo", en *Revista Penal*, N° 36, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- MOURENZA, ANDRÉS y GUTIÉRREZ, ÓSCAR, "Por qué Turquía es (objetivo del ISIS)", en *El País*, 29.06.2016. Accesible en http://internacional.elpais.com/internacional/2016/06/29/actualidad/1467198952_556670.html. Consulta: 01.07.2016.

- NÚÑEZ CASTAÑO, ELENA, "Tendencias político-criminales en materia de terrorismo tras la L.O. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional", en *Revista Penal*, N° 37, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.
- PORTILLA CONTRERAS, GUILLERMO, "Terrorismo de Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)", en Arroyo Zapatero, Luis A., y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dir.), *Homenaje al Dr. Barbero Santos. In memoriam*, II, Madrid, Ediciones de la UCLM-Ediciones Universidad de Salamanca, 2001.
- POST, JERROLD, "Identidad colectiva: el odio que se inculca desde los huesos", en *IIP Digital*, 15.09.2008, pp. 13-14. Accesible en <http://iipdigital.usembassy.gov/st/spanish/publication/2008/09/20080915140040pii0.1114618.html#axzz46SEsVv00>. Consulta: 01.07.2016.
- RODRÍGUEZ, OLGA, "Cómo surge el ISIS, cómo se financia, quiénes hacen la vista gorda (1)": *el diario.es*, 16.11.2015. Accesible en http://www.eldiario.es/zonacritica/ISIS-financia-hacen-vista-gorda__6__452914729.html. Consulta: 01.07.2016.
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL, "El coimputado que colabora con la Justicia penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 07-05, Granada, 2005. Accesible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-05.pdf>. Consulta: 01.07.2016.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, *Terrorismo y Derecho*, Madrid, Tecnos, 1988.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo", en Serrano Piedecabras, José Ramón y Demetrio Crespo, Eduardo (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid, lustel, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "Una connivencia cómplice. En torno a la construcción del denominado "Derecho penal del enemigo", en Terradillos Basoco, Juan María, *Sistema penal y Estado de Derecho. Estudios de Derecho Penal*, Lima, ARA Editores, 2010.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "La reforma española de 2012. Líneas maestras", en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, N° 78, Medellín, Universidad EAFIT, 2012.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "¿Derecho a la seguridad o seguridad de los derechos?", en *Nueva Tribuna*, 24.12.2013. Accesible en <http://www.nuevatribuna.es/articulo/espana/derecho-seguridad-seguridad-derechos/20131224180935099468.html>. Consulta: 01.07.2016.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN MARÍA, "Delitos contra el orden público. II", en Terradillos Basoco, Juan María (coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo III. Volumen II, 2ª ed., Madrid, lustel, 2016.
- TORRES TORRES, OLGA, "La gestación de una insurgencia: antecedentes históricos e ideológicos de Boko Haram en Nigeria", en *GESI*. Grupo de Estudios de *Seguridad Internacional*, 28.09.2015. Accesible en <http://www.seguridadinternacional.es/?>

q=es/content/la-gestaci%C3%B3n-de-una-insurgencia-antecedentes-hist%C3%B3ricos-e-ideol%C3%B3gicos-de-boko-haram-en. Consulta: 01.07.2016.

VERVAELE, JOHN, "La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?", en AA.VV., *El Derecho penal frente a la seguridad global*, Albacete, Bomarzo, 2007, pp. 171 a 216.

VICENT, MANUEL, "La flor de la paranoia", en *El País*, 31.08.2008. Accesible en http://elpais.com/diario/2008/08/31/ultima/1220133601__850215.html. Consulta: 01.07.2016.