

37

INCLUYE ACCESO
A LA VISUALIZACIÓN
ONLINE DEL FONDO
COMPLETO DE
LA REVISTA

Enero 2016

37

Revista

Revista Penal

Enero 2016



tirant lo blanch

Penal

Revista Penal

Número 37

Sumario

Doctrina:

– Sobre el futuro de la ciencia jurídico penal alemana: apertura y método discursivo en lugar de provincianismo presuntuoso, por <i>Kai Ambos</i>	5
– Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal, por <i>Ignacio Berdugo Gómez de la Torre</i>	23
– Justicia preventiva, por <i>María Laura Böhm</i>	46
– El nuevo delito de financiación ilegal de partidos políticos, por <i>Miguel Bustos Rubio</i>	61
– La conducción sin carné del artículo 384 CP. Conductas de distinta naturaleza jurídica, por <i>Luis Cáceres Ruiz</i>	80
– Fines del proceso y persona jurídica: algunas consideraciones y propuestas a la luz del caso Volkswagen, por <i>Jordi Gimeno Beviá</i>	99
– Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional, por <i>Elena Núñez Castaño</i>	110
– El inhumano Derecho Penal de una funesta concepción de los Derechos Humanos, por <i>Luis Alberto Pacheco Mandujano</i>	136
– El nuevo Código Penal y la regulación de la violencia intrafamiliar y de género a la luz de las modificaciones introducidas, por <i>Francisco Javier Paíno Rodríguez</i>	163
– Reflexiones sobre la constitucionalidad del delito de detenciones ilegales o secuestros sin dar razón de la persona detenida, por <i>M^a Ángeles Rueda Martín</i>	184
– La legislación racial en la Alemania nazi, por <i>Thomas Vormbaum</i>	206
– ¿En qué medida permite el Derecho penal chino la eutanasia? por <i>Jia Jia Yu</i>	215
Sistemas penales comparados: El delito de aborto (Abortion).....	229
Notas bibliográficas: por <i>Juan Antonio Lascurain y Francisco Muñoz Conde</i>	289
In memoriam: <i>Horst Schüler-Springorum</i> por <i>Kai Ambos</i>	310



tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, Pablo Olavide de Sevilla y la Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal.

Dirección

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva
jcferrreolive@gmail.com

Secretarios de redacción

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide
Miguel Bustos Rubio. Universidad de Salamanca

Comité Científico Internacional

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Borja Mapelli Caffarena. Univ. Sevilla
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Enzo Musco. Univ. Roma
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
George P. Fletcher. Univ. Columbia	Claus Roxin. Univ. München
Luigi Foffani. Univ. Módena	José Ramón Serrano Piedecabras. Univ. Castilla-La Mancha
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Vicente Gimeno Sendra. UNED	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
José Manuel Gómez Benítez. Univ. Complutense	Klaus Tiedemann. Univ. Freiburg
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	John Vervaele. Univ. Utrecht
Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires	

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Ludovico Bin (Italia)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Jia Jia Yu (China)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Felipe Caballero Brun (Chile)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Álvaro Orlando Pérez Pinzón (Colombia)	Barbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Svetlana Paramonova (Rusia)
Elena Núñez Castaño (España)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo y Renata Scaglione (Uruguay)
Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)	

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
Librería virtual: <http://www.tirant.es>
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997
ISSN.: 1138-9168
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.



Tendencias político criminales en materia de terrorismo tras la LO. 2/2015, de 30 de marzo: la implementación de la normativa europea e internacional

Elena Núñez Castaño

Revista Penal, n.º 37. - Enero 2016

Ficha Técnica

Autor: Elena Núñez Castaño

Adscripción institucional: Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Consideraciones previas: ¿Seguridad vs. Garantías? 2. Manifestación de las medidas preventivas y securitarias: concreta referencia al terrorismo. 3. Eficacia de las medidas preventivas y/o securitarias. 4. Eficacia vs. Anacronismo: el sentido de las reformas penales. 5. Bibliografía

Resumen: La implementación, en nuestro ordenamiento jurídico, de la normativa europea e internacional en materia de terrorismo se recoge esencialmente en la LO 2/2015, de 30 de marzo. Las tendencias legislativas encaminadas a la prevención y seguridad que se derivan de la referida reforma, obliga a plantearse la legitimidad de las mismas así como su eficacia. El terrorismo global de signo yihadista ha supuesto un antes y un después en el tratamiento jurídico penal del terrorismo, así como en las tendencias de política criminal en relación con el mismo. El objeto de este trabajo radica precisamente en el análisis de estas así como en su adecuación respecto de los principios y garantías de un Estado de Derecho.

Palabras clave: terrorismo, reforma penal, medidas preventivas, seguridad.

Abstract: The implementation, in our legal system, of the European and international legislation on terrorism is essentially collected in the the 2/2015, March 30. Legislative trends aimed at prevention and security resulting from the aforementioned reform, forces to consider the legitimacy of them as well as their effectiveness. Global sign jihadist terrorism has meant a before and an after in the criminal legal treatment of terrorism, as well as trends in criminal policy in relation to the same. The object of this work lies precisely in the analysis of these trends as well as their suitability with respect to the principles and guarantees of the rule of law.

Key words: terrorism, criminal reform, prevention trends, security

Observaciones: el presente artículo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I DER2012-36890, sobre “Cooperación judicial en la Unión Europea. Investigación y enjuiciamiento de la Criminalidad organizada y económica”, del Ministerio de Economía y Competitividad, 2012-2015.

Rec: 10/11/2015 **Fav:** 25/11/2015

1. Consideraciones previas: ¿seguridad vs. Garantías?

La tendencia de las actuales legislaciones hacia la implantación de medidas meramente preventivas y securitarias en relación con determinados delitos, y

concretamente, con los delitos de terrorismo, constituye una realidad innegable. Y esas tendencias se manifiestan en un mayor intervencionismo y una mayor presión del sistema penal mediante el adelantamiento

de las barreras de intervención penal, la intensificación de la gravedad de las penas, la relajación del respeto de los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente, etc.; en definitiva, tendencias que ponen a prueba la consistencia de las instituciones democráticas al enfrentarlas con “retos” como la aplicación del sistema de garantías¹.

Una clara muestra de esta tendencia legislativa que se produce en los distintos Estados, la constituye la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal en materia de terrorismo², a pesar de que ya había sido ampliamente reformado por la LO 5/2010, de 22 de junio, y que modifica, amplía, intensifica, expande tanto las conductas consideradas como terrorismo, como las penas impuesta a las mismas hasta límites absolutamente intolerables y alejados por completo de una potencial lesividad para el presunto bien jurídico. La indeterminación de las conductas criminalizadas, la inconcreción de los términos empleados, la amplitud desmesurada de los ámbitos típicos de intervención penal, configuran esta reforma, en mi opinión, como un ataque frontal a todos los principios y garantías que se derivan de un Estado de Derecho.

No resulta muy complicado saber cuál es la meta final que se persigue con esta intensificación en material penal de determinados comportamientos, la **seguridad**, o mejor dicho, aportar a la sociedad una **sensación de seguridad**. Y para ello, no se duda en restringir de manera importante, las **garantías** constitucionalmente reconocidas. Se trata, de nuevo, del famoso binomio, que planteamos a modo de pregunta, **¿Seguridad vs. Garantías?**, tan de moda en las reformas legislativas de los últimos años.

Es evidente que la seguridad es un derecho y, por ende, en conexión directa con las garantías de los

ciudadanos. Pero también es evidente que, como derecho, no es absoluto, como tampoco lo son aquellos que pudieran verse afectados por una intensificación en la protección de la seguridad. Es el caso de la libertad, por ejemplo, y no sólo la libertad ambulatoria (que quizás sea la menos afectada), sino la libertad de obrar, la libertad de expresión, la libertad de asociación, la libertad ideológica, etc., etc., etc. La pregunta se puede responder con otra pregunta: ¿es necesario y legítimo restringir otros derechos y limitar o anular las garantías que los aseguran en aras de obtener una mayor (absoluta) seguridad? Es en este punto donde nos encontramos en este momento, cuando las legislaciones adoptadas por los Estados (respondiendo a las exigencias internacionales) hacen recaer todo su peso en la limitación y recortes de determinados derechos y garantías a fin de un presunto reforzamiento de otros derechos, en este caso la seguridad. Pero, como ya dije, los derechos, ninguno, son absolutos y el de seguridad tampoco. Como dijo Helen Keller: **“La seguridad es principalmente una superstición. No existe en la naturaleza, ni los hijos de los hombres en su conjunto la experimentan. Evitar el peligro no es más seguro a largo plazo que la exposición directa”**. En mi opinión, la principal consecuencia que puede extraerse de esta idea, es que se intente lo que se intente, se restrinja lo que se restrinja y se limite lo que se limite, en ninguna circunstancia ni ocasión lograra ningún gobierno asegurar una seguridad absoluta a sus ciudadanos.

Partiendo de esta idea, considero que es preciso modificar el prisma del enfoque de la pregunta inicial. ¿La “confrontación” entre seguridad y garantías tiene como objeto asegurar la seguridad o tiene como objeto “favorecer o facilitar” la tarea del Estado en orden a la prevención, persecución y condena de determinados

1 Cfrs. GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso “De Juana Chaos””, en *La Ley penal*, nº 41, septiembre 2007.

2 Esta Ley Orgánica responde al conocido como “Pacto Antiyihadista”, esto es, el “Acuerdo para afianzar la unidad en defensa de las libertades y en la lucha contra el terrorismo” que se firmó entre PP y PSOE; la tramitación de esta ley fue de máxima urgencia, sin siquiera solicitar el Informe del CGPJ, y del Consejo Fiscal. Para ello se argumentaba, como justificación a al misma, que ofrecía una respuesta definitiva a las exigencias derivadas de la Decisión Marco 2002/475/JAI, modificada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, así como servía para poner en práctica las recomendaciones derivadas de la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178, de 24 de septiembre de 2014, en la que se recoge la honda preocupación de la comunidad internacional por el recrudecimiento de la actividad terrorista y por la intensificación del llamamiento a cometer atentados en todas las regiones del mundo, indicando que todos los Estados miembros deben velar por el enjuiciamiento de toda persona que participe en la financiación, planificación, preparación o comisión de actos de terrorismo, o preste apoyo a esos actos. Tras este recordatorio, la Resolución 2178 pide a los Estados que se cercioren de que sus leyes y otros instrumentos legislativos internos tipifiquen delitos graves que sean suficientes para que se puedan enjuiciar y sancionar las conductas terroristas que se describen, de tal forma que quede reflejada la gravedad del delito. Y nuestro legislador, una vez más, sin pararse a reflexionar que nuestra legislación antiterrorista, por las razones históricas que todos conocemos, es una de las más amplias y represivas que existen, da una nueva vuelta de tuerca en la intensificación penal en esta materia, mediante la reforma global tanto cuantitativa como cualitativa realizada por la LO 2/2015.

tipos de comportamientos claramente delictivos unos y altamente cuestionables otros? Si la respuesta a la primera de las opciones pudiera hipotéticamente conllevar que una restricción de garantías determinaría un reforzamiento de la seguridad individual y colectiva, a lo mejor, sopesando en una balanza los pros y los contras que ello implica y con muchísimas matizaciones, pudieran llegar a aceptarse las restricciones mencionadas en aras de una absoluta seguridad, pero como hemos expuesto ni es el caso, ni nunca va a serlo.

Ello nos conduce inevitablemente a la segunda de las opciones, las reformas restrictivas de las garantías van encaminadas a facilitar y favorecer la tarea de los Estados y Gobiernos ante determinadas conductas que han decidido criminalizar. Y aquí la respuesta, en un Estado Democrático y de Derecho debe ser contundente, mejorar las condiciones de lucha contra determinados comportamientos, no justifica, ni legitima, ni excusa, ni autoriza ningún tipo de limitación ni restricción de los derechos y libertades de las personas, y de las garantías que los sustentan. Lo “útil” y lo “eficaz” no es lo “legítimo”, el discurso de todo vale para obtener una meta concreta (la que sea) no encuentra fundamento ni sustento en un orden constitucional y garantista como el nuestro. Obviamente el derecho a la seguridad debe ser protegido, pero también el resto de los derechos fundamentales, y ello implica un ejercicio muy complicado de armonización entre ambos.

Y, ¿cuál es la solución que da nuestro legislador a ese presunto conflicto? La intensificación de la intervención penal, mediante la incorporación de tendencias preventivas y securitarias. Y esa finalidad queda muy clara en la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, donde a pesar de reconocer que, a causa del terroris-

mo nacionalista de ETA o GRAPO que nuestro país ha sufrido durante décadas, la legislación antiterrorista es muy amplia, avanzada y eficaz en nuestro ordenamiento jurídico (y, creo, se podría añadir que mucho más represiva que la de cualquiera de los países de nuestro entorno), señala que es preciso adecuarse a las nuevas realidades, amenazas y modalidades de terrorismo que existen en la actualidad, con una clara referencia al terrorismo internacional de corte *yihadista*. Terrorismo que, tal como afirman, se caracteriza por su vocación de expansión internacional, a través de líderes carismáticos que difunden sus mensajes y consignas por medio de internet y, especialmente, mediante el uso de redes sociales.

Esta es su excusa y justificación, ¿y cuál es la consecuencia? La implantación de un nuevo concepto de terrorismo y de un nuevo elenco amplísimo de conductas consideradas como terroristas. A modo de ejemplo, respecto de la primera de la reforma, esto es, del concepto de terrorismo, cabe señalar que, a pesar de seguir remitiéndose al concepto de organización y grupo criminal previsto en los arts. 570 bis y ter del Código penal, sin embargo se amplían las “*finalidades*” perseguidas por ese tipo de organizaciones a fin de ser consideradas terroristas³; en relación con la ampliación del elenco de conductas, podemos hacer referencia al desmesurado adelantamiento de la intervención penal, hasta “conductas” que carecen de toda potencialidad lesiva para el bien jurídico objeto de protección, como pudiera ser el acceso, de manera habitual, a servidores o páginas de internet con contenidos idóneos para incitar a la incorporación a una organización terrorista o a colaborar con alguna de ellas⁴; se trata del famoso *crimen de pensamiento*, que ya tan acertadamente había previsto Orwell.

3 El nuevo art. 573 Cp, incluye junto a las tradicionales finalidades de *subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*, otras nuevas cuya justificación resulta altamente cuestionable, como *suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, obligar a los poderes públicos a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional, o provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella*. Ello podría llevarnos a considerar como terrorismo, desde un asesino en serie que causa un estado de terror en la población, hasta una plataforma anti desahucios que impide a los poderes públicos realizar un acto. El absurdo pudiera llegar a ser de proporciones épicas.

4 Cfrs. en este sentido el art. 575 CP que sanciona a quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos comprendidos entre los delitos terroristas, “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 electrónicos cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o colaborar con uno de ellos”. Se trata en definitiva, de criminalizar la lectura de determinados materiales de contenido terrorista, matizándolo eso sí, con la exigencia de que la finalidad sea capacitarse para llevar a cabo un delito de terrorismo. El problema radica en que, la “finalidad” o la intención que se perseguía con esa lectura, es un aspecto que se demostrará mediante prueba de indicios en el juicio correspondiente (antes no resultaría posible), pero la existencia del tipo penal descrito de esa manera, habilita a la policía, mediante una autorización del Ministro del Interior o del Secretario de Estado de Seguridad, a intervenir las comunicaciones de quienes la hayan realizado, e incluso a detener preventivamente durante plazos excepcionales.

El problema es que, en mi opinión, estas nuevas finalidades y nuevos tipos delictivos, no responden en absoluto a crear mayor seguridad, sino a facilitar la inocuización de todo aquello que resulte conflictivo para el Estado, al permitir la “flexibilización” (más bien, la anulación) de los derechos y garantías de las personas, en pro de algo absolutamente inalcanzable: la seguridad absoluta. Pero para ello, y enarbolándola como bandera, se ha introducido una legislación represiva, preventiva y securitaria, que persigue, aunque sólo simbólicamente, la creación de una sensación de seguridad en la sociedad.

Ahora bien, es preciso reconocer con CANCIO MELIA⁵ que la reacción del Derecho penal frente al terrorismo se percibe con una doble perspectiva: por una parte, determinados sectores de la doctrina jurídico penal, ampliamente mayoritarios, manifiestan una posición muy crítica hacia determinadas medidas percibidas como abusivas en la acción de los órganos de persecución penal, como peligrosas para el Estado de Derecho, y los derechos y libertades ciudadanas; pero, por otro lado, existe la preocupación— muy extendida entre los operadores sociales y los medios de comunicación, y a consecuencia de ello entre la opinión pública— de que una especie de *exceso de garantías* determine la ineficacia e inutilidad de los mecanismos de la lucha contra el terrorismo⁶.

Al llegar a este punto la pregunta es evidente: ¿no respetar los derechos y las garantías individuales es más eficaz a la hora de prevenir futuros atentados? En mi opinión, y creo que la realidad criminológica la respalda, la respuesta es claramente no. Puede ser que en términos de *utilidad* pareciese facilitar la lucha contra el terrorismo e, incluso, reducir el número de atentados, pero en términos de *legitimi-*

dad democrática, es evidente que la normalización de cualquier tipo de normativa excepcional lo que provoca es una mayor inseguridad para la sociedad que se deriva, justamente, de la falta de límites al poder estatal.

Considero enormemente acertadas y esclarecedoras las palabras de ASUA BATARRITA⁷ cuando afirma que el terrorismo de Al Qaeda (y entiendo que lo mismo puede predicarse de todo terrorismo) no tiene capacidad para destruir los ordenamientos jurídicos, ni el orden constitucional de los países donde realiza sus terribles ataques, “*salvo que se entienda que la reacción desmedida de los gobernantes, al responder a la provocación con la misma moneda— despreciando los límites del Derecho interno o internacional— constituye (evidentemente) una grave erosión del ordenamiento jurídico atribuible a los terroristas*”.

La mayor amenaza para el Estado de Derecho y para los derechos, libertades y garantías inherentes al mismo no proviene de los terroristas, sino de la propia respuesta que Estados y gobiernos articulan contra ellos. Las acciones y atentados terroristas tienen, todo lo más, una alta capacidad de ocasionar destrucción y terror, pero son las estrategias antiterroristas las que resultan incompatibles con los derechos y garantías recogidos en las Constituciones e implican el mayor foco de peligro para la democracia⁸. De hecho, los terroristas, fuera del concreto daño ocasionado en relación con cada atentado, no tienen capacidad para destruir ni para poner en peligro real, serio y grave nuestra seguridad, nuestro sistema social o nuestro Estado de Derecho; sin embargo, sí reúne esa potencialidad una lucha contra el terrorismo teñida de excepcionales y restricciones de las garantías, que puede llegar a dañar y a destruir el fundamento mismo del Estado de Derecho⁹, e, in-

5 Cfrs. CANCIO MELIA, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010, p. 17.

6 Recuérdese la alarma generalizada y la indignación social y mediática que ha producido la liberación por cumplimiento de la condena de determinados integrantes de la organización terrorista ETA por delitos especialmente graves. O en septiembre de 2012, la crisis que ocasionó la puesta en libertad de un etarra por razones humanitarias dado que padece una enfermedad grave en estado terminal (caso Bolinaga). A raíz de las mismas se produjo una nueva demanda social de intensificación y agravación de las penas, que ha desembocado en la reforma del Código penal, por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que incluye profundas modificaciones en esta materia, entre ellas, la “famosa” *prisión permanente revisable*, que al margen de su dudosa “utilidad” en un fenómeno como el del terrorismo global de nuestros tiempos, no es sino un puro *derecho penal simbólico*, motivado por exclusivas razones electoralistas, que no preventivistas, que, en algunos supuestos, incluso podría llegar a resultar claramente mucho más beneficioso para el reo que la legislación anterior.

7 Cfrs. ASUA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas” en CANCIO MELIA/GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid 2006, pp. 246-247.

8 En el mismo sentido, LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010, pp. 39-41; IGNATIEF, “El mal menor”, Madrid 2005, p. 91 indica que “*en la guerra contra el terror, el único que puede derrotar a la democracia es ella misma*”.

9 Cfrs. PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007, www.iustel.com, p. 2. En el mismo sentido, RIDAO, “Crecer a la sombra del enemigo”, *El País*, de 2 de junio de 2003, p. 13, citado por LLOBET

cluso, colaborar con la pretendida legitimación de las acciones que realizan los terroristas, al servirles como justificación de su comportamiento la vulneración de sus derechos y garantías¹⁰.

La reacción del Estado ante el fenómeno del terrorismo sólo puede ser la de reafirmar la prevalencia del Estado de Derecho y de los derechos, libertades y garantías que lo fundamentan. En palabras de MIR PUIG¹¹ *“la única reacción válida ante cada atentado terrorista es reclamar la aplicación efectiva de un Derecho penal que suponga la afirmación de los valores y principios jurídico-democráticos negados por el terrorismo. Este no sólo atenta contra las personas y los bienes, sino también contra la legitimidad del derecho. La lucha contra el terrorismo ha de ser también la lucha por la legitimidad. Pasa entonces a un primer plano la necesidad de que la pena no persiga únicamente una finalidad intimidatoria de prevención general negativa, sino también una finalidad de prevención general positiva que refuerce la legitimidad del Derecho y se la quite por completo al terroris-*

mo. Ello sólo puede conseguirse respetando los límites consustanciales a un Derecho penal legítimo”. O como señala TERRADILLOS BASOCO¹², *“el primer objetivo de una estrategia antiterroristas deber ser el mantenimiento de la democracia y el imperio de la ley, puesto que no está claro que el mantenimiento de la democracia como abstracción pueda lograrse recortando progresivamente las concretas libertades democráticas”*¹³.

A pesar de todo ello, lo cierto es que la reacción de los poderes públicos frente al terrorismo no está siendo la que acabamos de exponer, esto es, la lucha desde el respeto de los principios básicos de un Estado de Derecho. Por el contrario, en aras de *“lo útil”* para luchar contra el terrorismo, se está relegando y vulnerando *“lo legítimo”* en esos mecanismos de lucha. Y para ello se justifican desde la gravedad con la que se perciben por la opinión pública y el Estado determinados comportamientos, peligros y situaciones que generan, a su vez, una considerable sensación de inseguridad entre los ciudadanos¹⁴.

ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., al afirmar que *“por mortíferas que puedan ser las acciones de Al Qaeda y organizaciones afines, por devastadores que puedan resultar sus atentados, el riesgo más grave al que se empieza a enfrentar el mundo es otro muy distinto. Puesto que si los occidentales se sienten inseguros ante la amenaza de los islamistas, la mayor parte de los gobiernos ha decidido lanzarse a algo que en la jerga política y administrativa se denomina “el incremento del componente de seguridad” en materia de política exterior”*; RORTY, *Fundamentalismo: enemigo a la vista*, cit., p. 11 señala que *“el final del Estado de Derecho se podría producir casi inintencionadamente tanto en EEUU como en Europa, simplemente a causa de los cambios institucionales que se pretenden imponer en nombre de la “lucha contra el terrorismo”*”.

10 Así, señala CANCIO MELIA, “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en CANCIO MELIA/POZUELO PÉREZ (coord.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra 2008, pp. 320-321 que *“un Derecho penal exacerbado es uno de los objetivos inmediatos de quienes cometen los delitos de terrorismo, puesto que este fenómeno sólo funciona si halla en su oponente un cómplice encubierto”*; ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, Echano Basaldua (coord.), 2002, p. 47 afirma que *“la anatización indiscriminada de los métodos violentos y de su ideología favorece las tesis de quienes optan por el método del terror, en su propósito de ser identificados y nombrados por sus ideas y no por sus crímenes”*.

11 Cfrs. MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, Echano Basaldua (coord.), 2002, pp. 349 y ss.

12 Cfrs. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho*, Madrid 1998, pp. 23-24.

13 En sentido similar, afirma GONZÁLEZ CUSSAC, “Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006, p. 88 que *“la democracia sólo puede defenderse con la democracia”*; LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 41 señala que *“un sistema democrático sólo puede mantenerse respetando el equilibrio entre libertad y seguridad”*.

14 A este respecto, es preciso poner de relieve que la vivencia subjetiva de los peligros es claramente superior a la existencia objetiva de los mismo, viéndose además acentuada por la actuación de los medios de comunicación e, incluso, por las instituciones estatales que en un importante número de supuestos transmiten imágenes sesgadas de la realidad que fomentan el incremento y la difusión entre la sociedad de la sensación de inseguridad. Así, señala BRANDÁRIZ GARCÍA, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabundables de la política criminal”, *Revista gallega de seguridad pública*, Segunda época, N^o 9. (2006), p. 40 que *“del mismo modo que la percepción subjetiva de inseguridad (riesgo) es desproporcionada en relación con la entidad objetiva de los peligros, el temor subjetivo al delito no guarda correlación con los índices efectivos de criminalidad o victimización”*. Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001, pp. 37-39 pone de relieve que *“los medios, que son el instrumento de la indignación y la cólera públicas, pueden acelerar la invasión de la democracia por la emoción, propagar una sensación de miedo y de victimización e introducir de nuevo en el corazón del individualismo moderno el mecanismo del chivo expiatorio que se creía reservado para tiempos revueltos”*, cfrs. p. 39 y nota 67; DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciuda-

Sobre esta base de la presunta “*legitimidad*” otorgada por la demanda social de una mayor seguridad, la reacción claramente constatable por parte del legislador es la de acudir a la respuesta penal como forma de control que se considera la adecuada por su máxima severidad y su hipotética efectividad. De este modo, cuanto más grave sea el daño temido (y es evidente que el terrorismo es uno de los más graves), más justificado se considera acudir al Derecho penal en su calidad de respuesta más dura del control social. El principal problema de esta cadena de acción-reacción es evidente: la realidad de la incapacidad e impotencia de garantizar la seguridad plena frente al delito por parte de las instituciones ante la demanda ciudadana; como afirma BRANDÁRIZ GARCÍA¹⁵ “...puede determinar, en una suerte de ejercicio autopoietico, el reforzamiento de esa demanda y de las soluciones a la misma por parte de las instancias públicas, desembocando en una aún mayor presión e intensificación de la respuesta jurídica penal ante posibles peligros”¹⁶, concretado sobre todo en una restricción de derechos y garantías fundamentales en pro de una mayor (absoluta) seguridad.

¿Y cómo se obtiene esa seguridad? Modificando el Código penal e intensificando su reacción. Con ello se olvida, o mejor dicho, se obvian muchas cosas; entre ellas que el Código penal de un Estado no es, aunque pudiera parecer lo contrario a la vista de las innumerables modificaciones que ha sufrido desde su relativamente reciente entrada en vigor, una norma con vocación transitoria que pueda ser modificada cada vez que surge o se dispara una situación puntual de conflicto social, sino que “*es la norma que tras siglos de debate y adaptación a las necesidades sociales establece la política criminal de un Estado y la establece, además, desde los principios y valores consagrados por nuestra Constitución que es el texto legal que define cual es la*

materia irrenunciable para que podamos constituirmos en un Estado de Derecho”¹⁷.

De este modo, la reforma de nuestras leyes penales no puede ni debe utilizarse como un medio para acallar la indignación social y para manifestar que el legislador está identificado con determinadas preocupaciones de los ciudadanos¹⁸; por el contrario, una modificación del ordenamiento jurídico penal sólo procede si realmente es necesaria, esto es, si existen lagunas o contradicciones en nuestras normas y siempre que la Constitución permita el recurso al Derecho penal en relación con esa necesidad. Como afirma LAMARCA PÉREZ¹⁹, es necesario “...*comprobar la existencia o no de esa necesidad y de la adecuación constitucional de las medidas propuestas*”.

Desde este prisma es evidente que la legislación penal no puede responder a motivos oportunistas o electorales, y que su única o principal función no es la de tranquilizar a la opinión pública. Entre otras cosas porque la “intranquilidad de la opinión pública” no constituye, en mi opinión, suficiente fundamento como para plantearse una reforma legislativa en materia penal. En esta línea, afirma LACASTA-ZABALZA²⁰ que “...*quienes piensan, y lo practican, que el Derecho es algo que ha de adecuarse al zarandeo de lo conocido como “opinión pública”, sobre todo cuando ésta coincide con lo que ofrece el programa electoral del partido político al que se afiliaron, son quienes han hecho de las leyes un conjunto de probaturas bajo el mando de la acción política*”.

Es preciso que la regulación que se efectúe se realice al amparo de nuestro texto fundamental y con el más absoluto respeto a los principios en el mismo consagrados. Nada, ni siquiera el más atroz de los comportamientos, justifica que, en un Estado de Derecho, se renuncie, obvie, manipule o aplique de modo discri-

dana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 07-01, 2005, www.criminet.es, p. 4; FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004, p. 320.

15 Cfrs. BRANDÁRIZ GARCÍA, “Seguridad ciudadana, sociedad de riesgo y retos inabordables de la política criminal”, cit., p. 51.

16 Y esto es justamente lo que está ocurriendo tal como se refleja en las continuas y sucesivas reformas penales, en las que ante la incapacidad de los poderes públicos para solucionar los conflictos y otorgar un nivel absoluto de seguridad, se intensifica la reacción penal en determinados ámbitos, como el terrorismo, el crimen organizado, los delitos sexuales, la violencia de género, etc.

17 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DE DIEGO SANTOS (coords.), en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid 2001, p. 102.

18 A este tipo de tendencias se refiere DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7, enero 2001, p. 17 que las denomina *leyes identificativas*.

19 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo”, cit., p. 102.

20 Cfrs. LACASTA-ZABALZA, *España Uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y de su conciencia nacional e intelectual*, Pamplona 1998, pp. 23-24.

minado las garantías constitucionales que reconoce el mencionado texto legal a todos los ciudadanos. Como afirma LACASTA-ZABALZA²¹ “...no se ha comprendido todavía algo kelsenianamente imprescindible: que las garantías del delincuente son también nuestras garantías”.

Pero es más, esa *intensificación de la intervención penal* que se está produciendo en nuestro ordenamiento jurídico penal se centra en incrementar las reacciones penales respecto de la delincuencia tradicional y, concretamente, del terrorismo, en el seno de una sociedad en la que cada vez más se está alejando al delincuente de su consideración de miembro de la misma, considerando algo distinto, por cuanto ni responde a las normas sociales, ni a las tradicionales reacciones penales contra la infracción; de este modo, el único camino que queda es intensificar la reacción penal, hasta el punto de inocuizar el peligro que suponen para la sociedad. Así, aunque la gravedad del comportamiento sea prácticamente inexistente, si lo es la *potencial peligrosidad* que los sujetos que *habitualmente* realizan este tipo de comportamientos supone para la sociedad, al haberse posicionado en un *modus vivendi* contrario al respeto y cumplimiento de las normas, es decir, al haberse *situado en una contravención permanente del ordenamiento jurídico*. Con ello, la *peligrosidad* y su control, pasan a primer término de los intereses y metas de la política criminal actual, en un intento de excluir de la sociedad a quienes han optado por una forma de vida contraria al derecho, y justificar, de esta forma, el rigor de las intervenciones penales que se realicen.

Se trata de inocuizar a determinados tipos de delinquentes (aquellos que se consideran más *peligrosos* para la sociedad) y si para ello es necesario despojarle de los derechos y garantías de los miembros de una sociedad, no hay inconveniente. Se pierde con ello la condición de ciudadano, por cuanto su propio compor-

tamiento es quien le autoexcluye de su entorno social, y si no respeta las normas de convivencia, tampoco tiene derecho a disfrutar de los beneficios que de ella se deriven.

Este es el discurso elaborado principalmente por JAKOBS²², en el que se contraponen los conceptos de ciudadano e individuo, y según el cual, al individuo que se muestra peligroso (y la valoración de lo que sea peligroso será realizada *ad hoc* dependiendo de las distintas ideologías y épocas) hay que tratarlo como enemigo social y, consecuentemente, privarle del status de ciudadano a causa de su tendencia a persistir en el delito²³.

Efectivamente, JAKOBS sostiene que el Derecho penal va dirigido a ciudadanos, a aquellos individuos respecto de los cuales existe una expectativa de comportamiento cumpliendo las normas establecidas por la sociedad, que se constituye en sujeto de derechos y deberes y que mantiene una actitud de fidelidad al ordenamiento jurídico; si, excepcional o puntualmente, estos ciudadanos infringiesen la norma y, consecuentemente, defraudasen las expectativas normativas al respecto, la pena señalada por el ordenamiento jurídico cumple la función de *reafirmar la vigencia de la norma infringida*. Por el contrario, aquellos individuos que debido a su *actitud personal*, a su *modus vivendi*, a su incorporación a organizaciones delictivas, manifiestan una disposición reiterada y duradera a delinquir, defraudando así persistentemente las expectativas normativas formuladas por el derecho, y no cumpliendo las exigencias del contrato social, deben ser excluidos de la sociedad, en tanto que son *enemigos* de la misma; por ello, el derecho penal que les resulta aplicable nunca puede ser el mismo que para los *ciudadanos*, sino otro distinto encaminado a neutralizar su peligrosidad, obviamente a costa de la reducción o eliminación de sus derechos y garantías, donde la pena persigue su inocuización y mantenerlo fuera de la sociedad²⁴, y con ello se produce

21 Cfrs. LACASTA-ZABALZA, *España uniforme*, cit., p. 111.

22 Hay que poner de relieve la innegable evolución que ha tenido este autor en esta materia, representada fundamentalmente por tres hitos principales en su obra, así “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997; “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser/Hasegger/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H. Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 2004; y JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

23 Cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, cit., pp. 25 a 33.

24 Cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, *passim*; el mismo, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial, 20, Madrid 2000, p. 140; *vid.*, una exposición más detenida al respecto en DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana”, cit., pp. 19 a 21; MUÑAGORRI LAGUÍA, “Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003, p. 242.

el regreso a nociones que no nos son desconocidas pero que afortunadamente habían quedado desterradas del discurso penal²⁵. Entre los ámbitos a los que debe aplicarse este planteamiento, incluye el terrorismo (además del narcotráfico, la delincuencia organizada en general, la delincuencia sexual, la delincuencia habitual y toda delincuencia grave).

En definitiva, se observa una tendencia creciente hacia lo que JAKOBS ha denominado “Derecho penal de enemigos”²⁶, en virtud del cual, el *“legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas más allá de la idea de proporcionalidad, recortando las garantías procesales y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico”*²⁷.

Es evidente la transformación que, en relación con este concepto, se ha producido en los últimos años, esencialmente en la posición del propio JAKOBS quien pasa de una mera descripción, crítica incluso, de la existencia de este “Derecho penal de enemigos”, considerándolo como algo excepcional e incompatible con el Estado de las libertades²⁸ a una abierta admisión e incluso legitimación del mismo, concibiéndolo como algo inevitable y necesario para mantener la *“seguridad cognitiva”* y reafirmar la confianza de los ciudadanos en la validez y

eficacia de la norma penal, llegando a admitir que *“no hay alternativas a ese Derecho penal del enemigo”*²⁹.

Son notorias las numerosas críticas que este planteamiento ha tenido desde prácticamente todos los sectores doctrinales, advirtiendo del peligro que la admisión del mismo representaba para el Estado de Derecho y para una concepción liberal, humana y democrática del Derecho penal³⁰, basada esencialmente en la imprecisión conceptual que implica esta concepción, y sobre todo su incompatibilidad con principios básicos y esenciales del Derecho penal, como el de proporcionalidad, culpabilidad, igualdad, etc.

En este punto, la importancia de este “Derecho penal del enemigo” radica en que este Derecho penal excepcional, que obviamente resulta contrario a los principios liberales del Estado de Derecho e incluso a los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y Declaraciones internacionales de Derechos humanos, se está introduciendo de forma notoria en las legislaciones de los Estados democráticos de Derecho que, en principio, acogen en sus ordenamientos jurídicos, los principios básicos e inspiradores del Derecho penal material en todo Estado de Derecho (legalidad, culpabilidad, y principalmente, las garantías procesales penales como presunción de inocencia y/o debido proceso, etc.)³¹. Resulta altamente preocupante que, cada vez con mayor

25 Cfrs. MUÑOZ CONDE, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, 15-16, 1994, pp. 1031 y ss.

26 Cfrs. JAKOBS, “La autocomprensión del Derecho penal”, cit., pp. 53 y ss.

27 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 25.

28 Cfrs. JAKOBS, “Criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, cit., pp. 322 y 323.

29 Cfrs. JAKOBS, “La autocomprensión del Derecho penal”, cit., pp. 53 y ss.; y también, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, cit. En el planteamiento de Jakobs se ofrece la siguiente fundamentación: *“Los enemigos no son efectivamente personas (Feinde sind aktuell Unpersonen)”*, p. 60. Algunos autores consideran que Jakobs emplea al concepto de persona como equivalente a sujeto de derecho, subsistema psicofísico de imputación dentro del sistema, y que es esta cualidad la que dejarían de tener aquellos que se colocan de manera permanente al margen del sistema y atacan las bases fundamentales del mismo, cfrs. PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004, Tomo II, pp. 696 y ss. Sin embargo, lo cierto es que Jakobs se ha reafirmado en la necesidad de admitir el Derecho penal del enemigo, con este u otro nombre, como algo inevitable a lo que tiene que recurrir una sociedad en casos extremos para mantener su seguridad. Así, afirma categóricamente que *“quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento como persona; por ello, no puede ser tratado como ciudadano, sino que debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar como un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”*, cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, cit., pp. 55 y ss. En mi opinión su postura no puede ser más clara.

30 Cfrs. MUÑOZ CONDE, quien afirma que *“en un Estado de Derecho democrático y respetuoso con la dignidad del ser humano ni el “enemigo” ni nadie puede ser definido como “no persona”*”, en Edmund Mezger y *el Derecho penal de su tiempo*, Valencia 2000, p. 75; el mismo, *De nuevo sobre el Derecho penal del enemigo*, cit.; el mismo, “Comentarios a los Congresos...”, cit., pp. 336 y 337; AMBOS, “Feindstrafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006, pp. 1 y ss.; incluso ha llegado a equipararse el Derecho penal del enemigo con el retorno a ideas nazis, así GERBER, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006, p. 253 quien afirma que *“... en el campo del Derecho, el que más encuentra en el “nazi-fascismo” (expresión literal del autor) sus puntos de identidad es el denominado Derecho penal del enemigo”*.

31 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005, p. 27.

frecuencia, pueda constatar en los Estados modernos un aumento de leyes y actuaciones gubernativas que claramente se pueden incluir en el concepto de “Derecho penal de enemigo” que representan “no “la fortaleza del Estado de libertades” sino su debilitamiento o su inexistencia”³². Lo que no debe ni puede olvidarse es que una *seguridad cognitiva total* no puede nunca ser garantizada por ningún sistema, sea del tipo que sea; se podrán alcanzar niveles de seguridad más o menos elevados, pero tratando siempre que sean compatibles con los derechos y garantías constitucionales. Son dos extremos difíciles de equilibrar; pero si, como señala MUÑOZ CONDE³³, “... la balanza se inclina descaradamente y sin ningún tipo de límites a favor de la seguridad cognitiva, la consecuencia inmediata será la paz, pero la paz de los cementerios. Una sociedad en la que la seguridad se convierte en el valor fundamental, es una sociedad paralizada, incapaz de asumir la menor posibilidad de cambio y de progreso, el menor riesgo”.

Un planteamiento de este tipo, encuadrado en nuestros ordenamientos jurídicos, permite componer un escenario en el que cada uno puede incorporar los hechos y actores que quiera, simplemente calificando a todo aquel que incluya en el mismo como enemigo, o tal

como lo ha definido la Administración norteamericana de Bush “*enemigo combatiente*”, “*arrojándolo al fuego eterno de la marginación social y jurídica, en un estado intermedio entre el de una simple cosa, un animal y la mera corporalidad como “corpus nudo”, desprovisto de todo derecho, probablemente incluso del derecho más elemental a la vida e integridad física. Detrás de eso puede venir, aunque a Jakobs no le guste y seguramente lo rechace, Guantánamo, Abu Craig, la tortura como medio legítimo de obtención de pruebas, las Comisiones militares, la supremacía del derecho a la defensa, y como corolario de todo ello la pena de muerte*”³⁴. Lógicamente, todo este planteamiento y renuncia a los principios más básicos, solo se aplicará a los denominados “*enemigos*” (sean estos quienes sean)³⁵, para el resto sigue vigente el Estado de Derecho con todos sus principios y garantías, configurando una especie de “Derecho penal del ciudadano” que resultaría aplicable a aquellos que respetan las normas y el Derecho, o incluso a quienes accidental y esporádicamente se apartan del mismo³⁶.

A pesar de todo lo dicho, es innegable que el 11S (y posteriormente, el 11M y el 7J), supusieron un an-

32 Cfrs. MUÑOZ CONDE, “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre “el Derecho penal del enemigo””, en *Revista Penal*, nº 18, Huelva 2006, p. 337.

33 Cfrs. MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade Publica, Xunta de Galicia, Segunda época, nº 9, p. 111.

34 Cfrs. MUÑOZ CONDE, “Comentarios a los Congresos...”, ibídem. Señala BRANDÁRIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004, p. 59 que “el ejemplo más gráfico de la cultura de la emergencia, en su contemporánea versión de gestión del control social del enemigo, es la imagen de los “prisioneros” de Guantánamo, donde desde enero de 2002 se hacían en condiciones inhumanas, pero espectacularizadas con la intención para transmitir mensajes de seguridad y— al tiempo— de alarma, más de seiscientas personas sin rostro de diversas nacionalidades (entre ellos, el español H. A. AHMED), en una situación de “no-Derecho”, en una zona ajena a la legalidad, sin acusación formal, sin derecho de defensa, sin plazo, sin control judicial, sin estatuto de reclusos ni de prisioneros de guerra, reducidos a una condición subhumana de no-personas”.

35 Afirma, contundentemente, FARALDO CABANA, que “en la definición del “enemigo” se cae en la utilización de un lenguaje pseudo-religioso que está arrinconando el significado militar del término, que fue preponderante en otros momentos históricos. La concepción simbólica del concepto se ha utilizado en diversos frentes: en las dictaduras argentina y chilena la caracterización de los disidentes como “enemigos internos” permitió apuntalar la doctrina de la seguridad nacional y la represión; en la lucha contra el cultivo de droga en los países iberoamericanos la noción de enemigo permite justificar el empleo de medios militares en una situación que no es de guerra, entendido este concepto de acuerdo con el Derecho internacional”, cfrs. “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004., pp 310 y 311; lo mismo fue puesto de manifiesto por CANCIO MELIA, CANCIO MELIA, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO MELIA, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003, pp 87 y 88. El concepto de enemigo se remonta a la distinción romana entre *inimicus* y *hostis*, donde éste último era el verdadero enemigo político, respecto del cual se planteaba siempre la posibilidad de la guerra y era visto como la negación absoluta del otro ser o la realización extrema de la hostilidad. El *extranjero*, el *extraño*, el *enemigo*, el *hostis*, era el que carecía de derechos en absoluto, el que estaba fuera de la comunidad, cfrs. ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho penal*, cit., p. 22.

36 Afirma MUÑOZ CONDE, “Comentarios a los Congresos...”, cit., p. 338, nota 10, que “no cabe excluir que a fuerza de expandirse en esta dirección, todo el Derecho penal termine por convertirse en un “Derecho penal de enemigo”, considerando como tal a todos los delincuentes”. Aspecto que ya advirtió HASSEMER, “El destino de los derechos del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Díaz Pita y Muñoz Conde, Valencia 1999.

tes y un después en los planteamientos de seguridad de los Estados, planteamientos que tienen su reflejo en las legislaciones y, más concretamente, en aquellas que impliquen la posibilidad de una mayor coerción de los derechos y libertades de los individuos en aras de una pretendida mayor seguridad. Obviamente, el Derecho penal constituye el mejor campo de cultivo de este tipo de planteamientos, donde la fuerza de los instrumentos de control estatales permite la mayor restricción y vulneración de los ámbitos de libertad de los ciudadanos e, incluso paradójicamente, de los de seguridad, que ahora no se va a ver vulnerada por sus semejantes sino por el aparato estatal.

Surge una “obsesión” del legislador por luchar denodadamente contra este fenómeno a través del recurso a continuas reformas de las leyes penales antiterroristas cada vez más contradictorias y vulneradoras de los principios inspiradores del Estado de Derecho, obviando la escasa eficacia que suponen para la lucha contra el terrorismo³⁷. Se produce una ruptura del modo tradicional de lucha contra el terrorismo, tanto nacional como internacional, convirtiéndose en uno de los principales objetivos de todas las instituciones internacionales y nacionales; la alarma que causa y la imposibilidad, hasta el momento, de hacerle frente o erradicarlo, ha provocado que en la lucha contra el mismo se “consientan” todo tipo de excesos normativos que se han traducido en una verdadera avalancha de legislación al respecto, cada vez más represiva y de mayor injerencia en el ámbito de los derechos de las personas, y más representativa del denominado *Derecho penal del enemigo*.

Este planteamiento resulta inaceptable. Como señala MUÑOZ CONDE³⁸ “en un Estado de Derecho ni frente al terrorismo ni frente a ningún otro tipo de delincuencia debe ser admisible un Derecho Penal in-

compatible con los principios básicos y los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y en las Declaraciones Universales de Derechos Humanos. Ni siquiera en el caso de que fuera una “guerra”, que en todo caso sería una guerra asimétrica, no entre Estados, sino entre los Estados (o algunos Estados) y entidades sin base territorial y sin una nacionalidad definida, no puede olvidarse que existe también un Derecho de Guerra”.

Ahora bien, inaceptable o no el planteamiento, la realidad es que esta tendencia no constituye un mero peligro, sino que se ha plasmado ya en nuestro ordenamiento jurídico en las sucesivas reformas penales que se han producido desde la entrada en vigor del Código penal. Son muchos los problemas que se plantean ante esta situación. El primero de ellos se centra en la innegable tendencia expansiva del Derecho penal en relación con los delitos de terrorismo, identificando como tales supuestos que muy poco o nada tienen que ver, pero que conduce a la asignación de consecuencias jurídicas penales y procesales de naturaleza excepcional a una amplísima constelación de fenómenos radicalmente diferentes entre sí, y que en ocasiones solo tienen por objeto común la mera disidencia política³⁹.

Efectivamente, las diversas reformas realizadas suponen una ampliación altamente cuestionable por el desmedido alcance de los tipos penales y sus consecuencias, que busca no dejar resquicio alguno a la potencial impunidad de cualquier forma de colaboración por alejada que esté del núcleo de la actividad terrorista o de la lesión del bien jurídico. Se trata de incriminar cualquier manifestación que “pueda objetivamente alentar o favorecer los delitos de terrorismo, aunque no suponga una incitación directa a los mismos, ni siquiera apología en sentido estricto”⁴⁰. Es decir, ante la desmesurada expansión producida por las distintas re-

37 Cfrs. CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, en *la Ley penal*, n.º 86, octubre 2011, p. 1. Al respecto, señala CARRASCO DURAN, “Medidas antiterroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Pérez Royo (direct.), 2010, p. 14 que “se trata de normas que partían de una valoración especialmente reforzada del valor de la seguridad y que afectan de manera especialmente aguda al ejercicio de determinados derechos fundamentales, tales como la libertad personal, la igualdad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o las garantías inherentes a la tutela judicial efectiva”.

38 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015, p. 788.

39 Cfrs. GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en *La seguridad pública ante el Derecho penal*, en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (direct.), Madrid 2010, p. 59. En la misma línea, señala LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., p. 50 que “el terrorismo como método, esto es, la utilización de actos violentos susceptibles de atemorizar a las personas se manifiesta junto con otras formas de violencia política. Uno de los problemas actuales es que se confunde el terrorismo como “fenómeno delictivo” y el terrorismo como “método” (nazismo, dictaduras que gobiernan mediante el terror). ¿Franco, Hitler, Stalin, Pinochet y Bin Laden constituyen exponentes de un mismo fenómeno?”.

40 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentario*, Quintero Olivares (direct.), 2010, p. 371.

formas en materia de terrorismo, tiene razón GARCÍA ALBERO⁴¹ al afirmar que *“uno tiene la impresión de que al legislador sólo le queda un límite preciso que franquear. Un límite a trazar de acuerdo con un principio rector que podría ser enunciado de esta guisa “o estás en contra del terrorismo o formas parte de él””*.

La cuestión en este momento radica en que, a pesar de que el legislador ha comenzado una huida hacia *“lo útil”*, abandonando el camino de *“lo legítimo”*, esa presunta *“utilidad”* y *“eficacia”*, que los planteamientos prevencionistas y las propuestas securitarias parecían aportar ante un terrorismo nacional o sectorial como el que fue habitual en nuestro país en las últimas décadas, quiebran ante el terrorismo global o de fundamento religioso⁴², donde las reglas de juego cambian por completo. De este modo, la función preventiva del

Derecho penal como medio de control social es *“útil”* y *“eficaz”* cuando hacia los que se dirige, esto es los ciudadanos, resulten motivados por las normas; sin embargo, cuando la consecuencia de la no-realización del acto terrorista es más grave para el sujeto que la realización del mismo, la prevención fracasa.

El terrorismo religioso o fundamentalista, esencialmente islámico, se asienta en unos pilares radicalmente distintos de los del terrorismo hasta ahora conocido. No se externaliza como una posible contribución del sujeto hacia la consecución de unas metas (sociales, políticas o ideológicas), sino en la *obligación* de los *fieles creyentes* de cumplir los mandatos religiosos de eliminar a los infieles y proclamar el único Estado de la fe⁴³. Consecuentemente, las acciones violentas se convierten en la exigencia de luchar (*Yihad*) contra los no creyentes⁴⁴, de tal

41 Cfrs. GARCÍA ALBERO, *ibidem*.

42 El terrorismo contemporáneo se puede analizar siguiendo cuatro oleadas terroristas, surgidas desde finales del siglo XIX hasta nuestros días, que pretendían el objetivo de la “revolución”. Así, aproximadamente en 1880 aparece la denominada *“oleada anarquista”* que dura unos cuarenta años, y que se fundamenta en que la sociedad moderna genera una hostilidad latente y creciente que pretende encubrir inventando convenciones morales para provocar el sentimiento de “culpa”. Se hace necesario desafiar esas convenciones morales para alcanzar la liberación de la humanidad y el método más rápido y efectivo para ello sería el *“terror”*. Posteriormente, hacia 1920 surge la *“oleada anticolonial”*, que dura otros cuarenta años, y tras haberse puesto de relieve con el *terror anarquista* que los asesinatos de figuras políticas resultaban contraproducentes, en esta nueva oleada que busca la lucha por la independencia, los ataques se centraron en la policía y fuerzas y cuerpos de seguridad de los estados mediante la utilización de guerrilleros con el sistema de “golpear y correr”. Estas actuaciones obligarán a los ejércitos coloniales a intervenir, ocasionando atrocidades indescriptibles, al tiempo que provocan el radical y automático rechazo de los países no-intervinientes. En 1960, aparece la *“oleada de la nueva izquierda”*, que en algunas de sus manifestaciones se extiende hasta nuestros días. Surge con la guerra del Vietnam y en su fundamento se mezcla el radicalismo con el nacionalismo generalmente independentista (es el caso de ETA, IRA, OLP, etc.). Buscan espectacularidad con sus acciones, coches bomba, secuestro de aviones, secuestros de personas, atentados en grandes superficies, de manera que se ocasione el mayor número de muertos o damnificados posible, apoyados esencialmente por la revolución de los medios de información que mantendrán como candente actualidad todas sus acciones. Utilizan muchas de sus acciones terroristas buscando la financiación de sus organizaciones y objetivos, como la extorsión o el secuestro. La cuarta oleada, que aparece en torno a 1979, es la *“oleada religiosa”*: se caracteriza por la enorme influencia de la religión: islamistas, sijs, Aun Shinrikiyo, etc. El modelo más evidente es Al Qaeda, con una estructura terrorista compleja, de alcance global y de composición multiétnica, cuyo modelo deriva y se adecúa a la interpretación dogmática de los textos sagrados. Los ideólogos de Al Qaeda, Al Maududi (creador del partido político paquistaní “Jamát-I-Islami”) y Sayyid Qutb (creador de los “Hermanos Musulmanes” en Egipto) legitiman el uso de la violencia para alcanzar la reinstauración del Islam, basándose en el retorno al Corán y a la Sunna, encaminada a la unificación política de la comunidad de los creyentes (“umma”). Para ello utilizan no sólo todos los medios técnicos y avances que existen en nuestros tiempos, como mecanismos temporizadores a través de teléfonos móviles (atentados del 11M en Madrid), sino que recurren a acciones realizadas en serie concatenadas en espacios muy concurridos, buscando tanto el mayor daño posible como el terror que se deriva de la indiscriminación del mismo. Pero la característica fundamental es la inclusión de un nuevo método de causar el terror que no era en absoluto útil en las primeras oleadas: los *terroristas suicidas*.

43 Así, Bin Laden, en su proclama de 23 de agosto de 1996 manifestó los siguiente: *“La orden de matar a los americanos y sus aliados civiles o militares es una obligación individual de todo musulmán, que puede hacerlo en cualquier país donde le sea posible, a fin de liberar la mezquita de Al Aqsa y la mezquita santa de sus garras, y para que sus ejércitos salgan de todas las tierras del Islam, derrotados e incapaces de amenazar a ningún musulmán”*. En ese momento se declara la “Yihad”, o lucha de los fieles.

44 El término “yihad”, en principio significaba “lucha” o “esfuerzo” individual para acercarse a la divinidad, que aparece en el Corán y surge como deseo o impulso de cumplir los mandatos de Alá. Esta primera interpretación se deriva del Corán, que en su primera fase fue redactado en La Meca (612-622), en la que se ofrece un monoteísmo riguroso, excluyendo la violencia contra los “diferentes”. En esa primera etapa, el término “yihad” tiene un doble sentido: el esfuerzo individual del creyente hacia la divinidad, y la confrontación argumental con los no creyentes sirviéndose de la doctrina, sin uso de las armas ni de la violencia. Pero a raíz de la guerra, Mahoma huye a Medina, y se produce la “hégira” o emigración a Medina, y con ella el mensaje se transforma en otro de muerte y violencia hasta el triunfo final de la fe, de manera que el Profeta legitima la aniquilación de los infieles y convierte la “yihad” en un deber sagrado para todo creyente: quien la practique será el mejor de los hombres porque la lucha por eliminar al enemigo de Alá es indispensable para cumplir la dimensión teleológica y universal de la verdadera fe.

manera que el Corán se transforma en la Constitución, en la ley, no puede existir otra ley que tenga validez, ni tampoco lo tiene un Código penal. La *obligación* derivada de la Ley es la que hay que cumplir, y esa ley es el Corán, que moviliza a la *yihad*⁴⁵. El esquema ideológico es muy sencillo: para destruir el estado de ignorancia, el dominio de infieles y no creyentes y para alcanzar la meta del poder islámico, el único instrumento es la *yihad*, que requiere el recurso al terror por minorías organizadas que asuman la misión de eliminar al enemigo del Islam, y todos los creyentes deben formar parte de ese ejército de luchadores, y a cambio se les otorgará el estado máximo de la divinidad. En resumen, la religión se configura como una concepción ideológica delimitadora del orden social y político en su totalidad, de manera que existe una unidad esencial entre fe y política, subordinada a la verdadera ley islámica. ¿Qué efecto pueden tener las medidas preventivas y securitarias contenidas en un Código penal procedente de los hombres, frente a los mandatos de la ley de Dios? Por muy graves que sean los castigos que impongan, nunca lo serán tanto como la condenación eterna. Y el premio que se puede recibir (la divinidad, el Paraíso) es muy superior a las penalidades que se deriven de la imposición de las leyes de los hombres.

Es evidente que un incremento desmesurado de las penas, el adelantamiento de la barreras de intervención penal, la flexibilización de los derechos y garantías constitucionales, pueden causar algún tipo de “temor” a cualquier otro tipo de terrorismo, como pudiera ser ETA, y que ello pueda implicar su posible “inocuidad”; pero, ante el terrorismo de signo religioso de la actualidad, de lucha contra el infiel, de cumplimiento de los mandatos derivados de la única ley existente, la ley de Dios, cuyo premio es el Paraíso y el castigo la condenación eterna, y el método empleado es el del *terrorista suicida* que se inmola en nombre y en gloria de su Dios y su religión, difícilmente lo “útil” va a ser “eficaz”.

Así, en este momento en que el terrorismo sectorial o nacionalista está desapareciendo (o ya ha desaparecido)⁴⁶, y que respecto del terrorismo global las políticas

preventivas y securitarias tienen muy poca “utilidad” y, en mi opinión, casi ninguna legitimidad, considero que cualquier propuesta o normativa encaminada a la restricción de la libertad en pro de una “virtual” seguridad, es absolutamente anacrónica y altamente criticable. Ello no obstante, el legislador sigue con su empeño, y las reformas en esta materia, y con tendencias securitarias, son constantes.

Ahora bien, en este punto surgen varias cuestiones: ¿por qué este tipo de medidas aparecen sólo respecto de determinados tipos de delitos y, en concreto, por qué respecto del terrorismo? ¿son útiles en relación con la prevención o consecución de la seguridad? ¿son necesarias en las legislaciones actuales o son una manifestación de un anacronismo que sólo persigue la aparente tranquilidad de la sociedad? Responderemos a cada una de ellas en los siguientes epígrafes.

2. Manifestación de las medidas preventivas y securitarias. Concreta referencia al terrorismo

La intensificación de la intervención penal que se deriva de las tendencias preventivas y securitarias de nuestro ordenamiento jurídico, consiste esencialmente en el incremento de las reacciones penales frente a una determinada tipología de delinquentes respecto de los cuales se persigue inocuizar el peligro que puedan suponer para la sociedad. Y este peligro, independientemente de su gravedad, se concreta en que el sujeto se ha situado en una postura de *contravención permanente del ordenamiento jurídico*, esto es, el reproche penal (y social) recae fundamentalmente, aunque no solo, en el *modus vivendi* que adopta, contrario al respeto y cumplimiento de las normas.

De este modo, la principal finalidad de todas las reformas jurídico penales de los últimos años consiste en inocuizar a determinados tipos de delinquentes, aquellos que se consideran más *peligrosos* para la sociedad, perdiendo los derechos y garantías que les corresponden, por cuanto su propio comportamiento es quien les autoexcluye de su entorno social, dado que si no respeta las normas de convivencia, tampoco tiene derecho a

45 Así, Bin Laden en su mensaje de 9 de diciembre de 2001, justo después de los atentados del 11S afirmaba que “La *yihad* se ha convertido en fard-ain (obligatoria) para todos y cada uno de los musulmanes (...) Ha llegado el momento en que todos los musulmanes del mundo, especialmente los jóvenes, deben unirse y clamar contra el “kufr” (negación de la verdad divina) y continuar la *yihad* hasta que esas fuerzas sean eliminadas totalmente, hasta que todas las fuerzas antiislámicas sean borradas de la faz de la tierra y el Islam conquiste el mundo entero y todas las otras falsas religiones”.

46 En nuestro país, ETA declaró en octubre de 2011 el cese definitivo de la actividad armada, y no ha habido ningún atentado terrorista desde ese momento.

disfrutar de los beneficios que de ella se deriven. En definitiva, y en palabras de JAKOBS⁴⁷, al defraudar persistentemente las expectativas normativas formuladas por el derecho, y no cumplir las exigencias del contrato social, deben ser excluidos de la sociedad en tanto que son *enemigos* de la misma. Es decir, el Derecho penal que debería aplicárseles no podría ser el mismo que se le aplicaría a los ciudadanos, sino aquel que se derive de una lucha contra el enemigo, en la cual el fin justificaría todos y cada uno de los medios que se empleen.

Entre estos tipos de delinquentes se encuentran, esencialmente, aquellos que suscitan una mayor repulsa social (delincuencia sexual y delincuencia habitual), institucional (crimen organizado, narcotráfico) o ambas (terrorismo). De este modo, cualquier sujeto que pudiera ser incluido en alguna de las categorías indicadas sería considerado *enemigo* y, por tanto, cualquier tipo de respuesta penal (legal o no, constitucional o no, legítima o no) estaría justificada.

El problema esencial que, en mi opinión, se pone de relieve en este punto (al margen de la dudosa legitimidad de la propia expresión “*lucha contra el enemigo*”), es el propio concepto de *enemigo*. Es evidente que este *enemigo* cambia en virtud de ciclos históricos, culturales, políticos, sociales, e incluso religiosos. Así, aquellos que eran considerados enemigos por ser *disidentes políticos* en una dictadura y que podrían sufrir pena de veinte años de prisión o incluso la muerte, por el “grave y peligroso hecho” de llevar “propaganda subversiva” (entiéndase por tal, toda aquella referida a cualquier tipo de actividad o ideología política contraria al régimen existente)⁴⁸, se convierten en pilares fundamentales en un Estado Democrático cuya base esencial es el pluralismo político.

Y también ha variado sustancialmente la consideración de los sujetos involucrados en el tema concreto que estamos analizando, esto es, el terrorismo. En algunos supuestos han pasado de ser considerados luchadores por la libertad a criminales terroristas. Así, por ejemplo, desde 1992 a 1995, una ola de atentados inte-

gristas en Egipto causaron la muerte de 984 personas, y en Argelia, en el mismo período, ataques integristas y la reacción de las fuerzas del orden provocaron al menos cuarenta mil muertos. Sin embargo, esta ola de violencia, lejos de ser objeto de repulsa y de condena, encontró comprensión y apoyo en Europa y América, donde eran considerados como luchadores contra los regímenes no democráticos de sus países, ofreciéndoles refugio y asilo⁴⁹. A partir de 1995, cuando los integristas argelinos comenzaron a exportar su violencia a Europa (con una ola de atentados en Francia en julio de 1995), “*la complaciente mirada de occidente comienza a debilitarse seriamente*”⁵⁰, pasando a ser considerados como criminales terroristas⁵¹.

Algo parecido en sus orígenes, ocurrió en relación con el terrorismo nacionalista, esencialmente el de ETA. Esta organización terrorista surge en 1952 como un grupo que se desgaja del Partido Nacionalista Vasco, formada esencialmente por jóvenes universitarios de ideología nacionalista y antifranquista, que contaban con un claro apoyo de parte de la Iglesia vasca. No es sino hasta años después, concretamente en 1962, cuando incluyen expresamente la lucha armada entre sus medios y fines, y en 1968 cuando se producen las primeras víctimas mortales de sus acciones. La brutal reacción represora del régimen franquista sirvió para que la oposición y un gran número de países apoyaran y protegieran a ETA y a sus miembros, considerándolos como luchadores por la libertad.

¿Qué ha ocurrido para que aquellos que fueron considerados como líderes revolucionarios pasen a ser denominados y tratados como terroristas, y, por tanto, como *enemigos*?

En mi opinión la respuesta es diferente para cada uno de los supuestos. En relación con el terrorismo nacionalista, incluso en su modalidad de lucha armada y produciendo muertes (fundamentalmente de miembros del ejército o de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado), pudiera hipotéticamente resultar legitimado por la connotación de luchadores por la libertad y con-

47 Cfrs. JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal de enemigo”, cit., pp 25 a 33.

48 Estas fueron las razones “jurídicas” que se encontraban detrás de las muertes, desapariciones, torturas, y prisión de los disidentes políticos en las dictaduras de España, Portugal, Chile, Argentina, Rusia, Cuba, etc., etc., etc.

49 Cfrs. CHARFI, M. *Islam y Libertad*. *El malentendido histórico*, 2011, pp 43 y 44.

50 Cfrs. CHARFI, M., *Islam y Libertad*, cit., p. 44.

51 Recordemos que esto mismo pasó en Irán, donde Occidente apoyó y aplaudió la revolución contra el Sha Reza Pahlevi, que fue sustituido por el régimen del Ayatollah Jomeini, para posteriormente considerarle uno de los principales enemigos de Occidente. Algo similar ocurrió con Sadam Hussein, quién accedió al gobierno de Irak con el apoyo de Estados Unidos y sus aliados occidentales, considerándolo como un luchador por la libertad; los mismo países que años después no dudaron en calificarle como uno de los terroristas más peligrosos, invadir su país en una llamativa “*guerra preventiva*”, y en denominar terroristas a ciudadanos iraquíes que se opusieron a la invasión mediante la lucha armada.

tra el régimen franquista⁵². Esta característica de revolucionarios y luchadores antifranquistas que pudiera justificar a ojos de importantes sectores de la opinión pública tanto nacional como internacional, las actividades violentas de estas organizaciones terroristas, pierde su razón de ser y fundamento en el momento en que, tras la aprobación de la Constitución de 1978, España se constituye en un Estado Democrático de Derecho, en el que existen innumerables vías legítimas y no violentas para *luchar* por su ideología y metas políticas. De este modo, aquellos que habían sido considerados “héroes” por su lucha contra un régimen totalitario, se convierten en delincuentes, en terroristas, al persistir en los medios violentos como vía para la consecución de sus fines políticos, en lugar de optar por los caminos legales y legítimos que se articulan en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho.

El caso del terrorismo integrista o religioso es distinto. El integrismo que había sido empleado por los países occidentales para derrocar regímenes totalitarios no democráticos, comienza a mostrar su verdadera cara (con independencia, de cuales fueran las concretas razones que tuvieran los países occidentales para retirarles el apoyo que se les había otorgado). Se pone de relieve que se trata de fuentes incontroladas de violencia, terror e injusticia. De hecho, la violencia es un “*medio normal de acción legitimado por el noble fin de instauración del Reino de Dios. Tanto más cuando la violencia que ejerce la recuerda la yihad, de la que tanto se han vanagloriado ante él. Le enseñaron que es la mejor de las oraciones, el acto de devoción más bello y que fue así como el Profeta consiguió triunfar contra los malvados infieles*”⁵³. De este modo, aquellos que otrora fueran apoyados e incluso aliados de los países occidentales se convierten, de repente, en sus mayores enemigos, sobre todo porque resultan absolutamente incontrolables. La motivación religiosa es la única que un sistema político, cualquier sistema político, nunca podrá controlar⁵⁴. Y el miedo a lo *incontrolable* e imprevisible es lo que configura la necesidad de

inocuiar a estos individuos, que no responderán jamás a las mismas estructuras motivadoras que el resto de la sociedad. Como afirma CHARFI⁵⁵, “*los islamistas creen actuar según la voluntad de Dios. A ello se debe el que un terrorista argelino mate a un sacerdote blanco de nacionalidad argelina y antiguo luchador por la independencia, por la única razón de ser cristiano, o degüelle a una joven por el único motivo de que no lleva velo (...) Este terrorista no piensa en lo terrible de su gesto sino que cree sinceramente, si es un simple militante de base, que gana, con su comportamiento, un lugar en el paraíso*”.

Es por ello que las razones que convierten a cada uno de los dos tipos de terroristas en *enemigos*, son diversas. El terrorismo nacionalista (ETA) se configura como *enemigo* desde el planteamiento de la opción por una forma de lucha ideológica diferente y contraria (violenta) a las vías establecidas en un Estado de Derecho. Pero este es un *enemigo* que sí responde a los estímulos prevencionistas de una legislación en la materia, un sujeto de derecho que podría verse motivado por las tendencias preventivas y securitarias que, al margen de su altamente cuestionable constitucionalidad, han venido manifestándose en las últimas regulaciones legislativas en materia de terrorismo.

Por el contrario, la consideración como *enemigo* de los terroristas islámicos/religiosos, se deriva esencialmente de su carácter de incontrolables e imprevisibles. Sujetos que actúan motivados por convicciones religiosas que son “*su*” ley, y para los que “*la otra ley*” que proviene de los ordenamientos jurídicos no tiene el mismo valor. Su peligrosidad radica tanto en las acciones violentas indiscriminadas contra “*todos los infieles*”, como en la motivación de las mismas: “*la ley de Dios (Alá)*”. Contra eso, las leyes de los hombres nada tienen que hacer. El problema radica en que este *enemigo nunca* va a sentirse motivado por un ordenamiento jurídico, con lo que la eficacia de las medidas preventivas y securitarias resultaría completamente nula.

52 De manera similar, se produjeron acciones con bombas y diversos atentados por sujetos de ideología anarcosindicalista que siempre fueron considerados como revolucionarios y luchadores, excepto por el régimen franquista. Reseñable es el caso de Salvador Puig Antich, activista anarquista durante los años 60 y principios de los 70 del siglo pasado, que fue condenado a muerte y ejecutado en 1974 por el asesinato de un Subinspector de la Brigada Político Social durante su captura, y que hoy en día sigue siendo recordado por una gran parte de la sociedad como un héroe luchador contra el franquismo. Algún tiempo más tarde, como grupo desgajado se funda el GRAPO que si es calificado de forma mayoritaria como grupo terrorista.

53 Cfrs. CHARFI, M., *Islam y Libertad*, cit., p. 46.

54 Sin embargo, resulta perfectamente factible e incluso común la situación inversa, un sistema político controlado desde planteamientos religiosos.

55 Cfrs. CHARFI, M., *Islam y Libertad*, cit., p. 46.

3. Eficacia de las medidas preventivas y securitarias

Una de las principales funciones o fines de la pena es el de *prevención*, en cualquiera de sus tres manifestaciones: *general negativa* (intimidación a la generalidad de los ciudadanos para que se abstengan de atacar bienes jurídicos), *general positiva* (reafirmación de la validez y eficacia de la norma o mandato penal) y *especial* (imposición del castigo por el quebrantamiento de la norma orientado a la reinserción). Todas ellas se encuentran interconectadas entre sí, al tiempo que se derivan directamente de la función de motivación de la norma penal.

De este modo, cuando un sujeto se motiva por una norma que le prohíbe un ataque a un bien jurídico se está satisfaciendo la finalidad de prevención general negativa (la amenaza penal). En este punto prevención y motivación se encuentran íntimamente unidas de manera que sin “*motivación*” difícilmente se podría conseguir el fin preventivo. La norma penal desencadena en el individuo unos determinados mecanismos psicológicos que forman parte del proceso de motivación condicionando la conducta externa de los sujetos a fin de que se abstengan de infringir la norma mediante la amenaza de una sanción. Sin embargo, la simple amenaza penal recogida en el ordenamiento jurídico puede no ser, y normalmente no lo es, bastante para “*motivar*” de manera suficiente al ciudadano para que se abstenga de realizar determinados comportamientos idóneos para lesionar bienes jurídicos. Esta motivación procedente de la “*amenaza penal*” debe venir complementada por otros sistemas e instancias de control social distintos del ordenamiento jurídico penal, que permitan y faciliten la motivación de los sujetos. De hecho, la función de motivación que cumple la norma penal actúa de forma primaria a nivel colectivo, reforzando determinadas prohibiciones y afianzando, con ello, un concreto sistema social de valores⁵⁶. La internalización de dichos valores se produce a través de los demás medios de control social no formalizados, y el Derecho penal cumple un papel meramente confirmador de otras instancias de control social, que sólo

tiene sentido si se considera como continuación de un conjunto de instituciones, como la familia o la escuela, cuya tarea consiste igualmente en socializar y educar para la convivencia a los individuos a través de la internalización de pautas de comportamiento. Un Derecho penal completamente desconectado de las demás instancias de control social no sólo sería poco operativo, sino absolutamente insoportable.

En definitiva, como señala MUÑOZ CONDE⁵⁷ la función de la prevención general de la norma penal sólo puede ser eficaz si va precedida o acompañada de la función motivadora de otras instancias de control social. Por tanto, prevención y motivación son categorías íntimamente unidas.

Bien es cierto que no toda prevención tiene que ser motivacional, pero sí aquella que se deriva directamente de un control social formalizado. A este respecto, señala SILVA SÁNCHEZ⁵⁸ que “*hay que distinguir entre medios de prevención fácticos y medios de prevención comunicativos. Los primeros pretenden evitar el mal mediante mecanismos causales, impidiendo la propia posibilidad física de realización del hecho o neutralizando sus efectos lesivos. Los segundos pretenden prevenirlo mediante mecanismos motivacionales, esto es, influyendo sobre el proceso deliberativo que podría concluir en la decisión de ejecutar el hecho lesivo*”, afirmando que se da una combinación de ambos, pero que el Derecho penal se encuentra claramente entre los comunicativos⁵⁹.

En resumen, para que pueda constatararse la eficacia de la finalidad preventivo general (negativa) es precisa la concurrencia de motivación que se derive tanto de la amenaza penal, como de otros medios de control social informales. En el caso que estamos analizando del terrorismo, ¿concurren estos dos aspectos? Como veremos, no puede barajarse una única respuesta.

Una segunda manifestación de la finalidad de prevención general, estrechamente unida con la anterior, es la *prevención general positiva*, esto es, la reafirmación de la confianza de la sociedad en la vigencia de la norma, que se deriva de la constatación de que se

56 Así, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992, p. 345 afirma que “*la norma jurídico penal como imperativo, no influye directamente sobre el cuerpo social, sino que, por regla general, lo hace de modo indirecto, a través de los medios de control social (y muy especialmente mediante el proceso educativo) que, entre otras cosas, transmiten e inculcan los valores contenidos en las normas penales*”.

57 Cfrs. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Valencia 2012, p. 215.

58 Cfrs. SILVA SÁNCHEZ, “Una primera lección de Derecho penal”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Homenaje a Mir Puig, Luzón Cuesta (direct.), 2010, pp 73 y ss.

59 Cfrs. SILVA SÁNCHEZ, *ult. op. cit.*, p. 83.

impondrá una consecuencia jurídica a quien quebrante o ignore el mandato o amenaza penal. Se trata, en definitiva, de trasladar una confianza a la sociedad de que la validez y vigencia de la norma penal permitirán constatar la presencia de una seguridad de que no será infringida, y de que, caso de serlo, se dará una adecuada respuesta penal. O visto de otro modo, consiste en transmitir seguridad al resto de la sociedad. En el caso de la legislación antiterrorista, ¿podría apreciarse esta confianza en la sociedad u ocurre justamente lo contrario?

La tercera de las manifestaciones de la prevención es la *especial*, encaminada a tener influencia sobre el delincuente tanto desde el aspecto retributivo (imposición y cumplimiento de un castigo) y de su correspondiente “*inocuidad*” durante el tiempo de duración del mismo, como de la orientación a la reinserción social. ¿Se podría apreciar alguna de estas manifestaciones en relación con los nuevos planteamientos preventivos en materia de terrorismo?

Son varias las cuestiones que se plantean en relación con la potencial eficacia de las normas penales, y más concretamente, de las tendencias intensificadoras, preventivistas y securitarias, que se han plasmado en las nuevas regulaciones penales en materia de terrorismo; pero considero que, previamente, resulta necesario realizar algunas precisiones. Cuando, a lo largo de este trabajo nos planteamos la eficacia u oportunidad de la actual regulación antiterrorista, obviamente no nos estamos refiriendo ni a una potencial destipificación de las conductas terroristas más graves (sí respecto de algunas), ni tampoco a un abolicionismo en esta materia. Resulta evidente que es necesario tipificar penalmente comportamientos tan sumamente graves como son los delitos de terrorismo, pero esa regulación debe ser realizada al amparo de los principios y garantías básicas recogidas en el ordenamiento jurídico. Ello implica la necesidad de respetar los principios de proporcionalidad, culpabilidad, intervención mínima y erradicar toda posible vulneración de los derechos fundamentales en las regulaciones realizadas en esta materia. La gravedad de los comportamientos, el intenso reproche social, la inseguridad que se ocasiona no es ni puede ser nunca argumento suficiente para configurar un Derecho penal distinto para esta categoría de delincuentes. No puede aceptarse la instauración de un Derecho penal del enemigo que establezca dos sistemas de garantías diferentes según la fenomenología delictiva con la que nos enfrentemos; y no puede hacerse porque es incompatible con un Estado de Derecho y conduce claramente a su negación.

Por tanto, es precisa y legítima la existencia de delitos de terrorismo que conlleven una respuesta penal de gravedad proporcional a la de la conducta realizada y al bien o bienes jurídicos lesionados. Ahora bien, ¿es legítima la continua reforma de las legislaciones penales que respondiendo a tendencias orientadas a la prevención (fundamentalmente la general negativa) impliquen un desmesurado incremento de la intervención penal y de las penas? Estas tendencias intensificadoras de la reacción penal que se traducen esencialmente en un quebrantamiento y elusión de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos puede manifestarse de dos formas que suelen aparecer unidas: mediante planteamientos preventivistas o encaminados a la inocuidad del delincuente, y mediante propuestas securitarias, dirigidas a transmitir a la sociedad una sensación de seguridad que no se corresponden con la realidad.

De este modo, la *eficacia* que se persigue se traduce, esencialmente, en una ampliación altamente cuestionable por el desmedido alcance de los tipos penales y sus consecuencias, que pretenden no dejar resquicio alguno a la potencial impunidad de cualquier forma de colaboración por alejada que se encuentre del núcleo de la actividad terrorista o de la lesión del bien jurídico. En definitiva, se trata de planteamientos y propuestas que sean “*útiles*” y “*eficaces*” para erradicar el terrorismo y a sus autores mediante la imposición de penas desmesuradas que vulneran el principio de proporcionalidad, que pierden de vista los derechos y garantías de las personas, pero que, además, ya no responden a ninguno de los fines de la pena.

Cuando analizábamos la prevención como uno de los fines de la pena, sosteníamos su vinculación absoluta con la función de motivación. Es decir, para que la “*amenaza penal*” surta efecto, el sujeto debe sentirse motivado por ella; consecuentemente, la eficacia de la medida preventiva, se deriva directamente de la capacidad motivadora de la misma. Y esa motivación no sólo deviene de la existencia de una norma penal, sino de la presencia de otros valores internalizados a consecuencia de otros medios de control social informales (familia, escuela, amigos, etc.). De este modo, siempre que la estructura de valores de quienes son los destinatarios potenciales de la norma penal responda a los mismos parámetros de quien la crea, la función motivadora y, consecuentemente, la finalidad preventiva podrá ser “*útil*” o “*eficaz*”.

La prevención (general) se plantea como una opción entre respetar la norma o infringirla y asumir los costes de incumplir esa amenaza penal. Se trata, como afirma

MUÑOZ CONDE⁶⁰ “...de un homo oeconomicus; es decir, de una persona que actúa racionalmente, tras ponderar los costos y beneficios que puede reportarles su comportamiento. Supone que el delincuente potencial pondera los inconvenientes y las ventajas de su hecho desde el punto de vista del posible riesgo que puede correr de ser sancionado penalmente”. En esa ponderación coste-beneficio influye no sólo la conminación o amenaza penal, sino también el proceso de socialización y aprendizaje de otras instancias de control social, de manera que el contenido aprendido en las normas sociales coincida en sus líneas fundamentales con el contenido de las normas penales. Si responden a los mismos parámetros y estructuras, la motivación podrá ser adecuada para asegurar la eficacia, en abstracto, de la prevención; si, por el contrario, son distintas e incluso contradictorias, el sujeto no se sentirá motivado por la norma, o al menos no en el grado suficiente como para actuar en consonancia.

Es, por ello necesario, analizar de manera diferenciada la repercusión que esta amenaza penal, en concreto la que presuntamente se deriva de una intensificación de la intervención penal, tiene en relación con cada tipo de terrorismo al que nos enfrentamos.

Cuando nos encontramos ante un terrorismo de signo nacionalista o sectorial, donde la finalidad esencial que se persigue con sus actuaciones violentas, es “política”, entendiendo por tal aquella encaminada a “subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública”⁶¹, en definitiva, dirigida a modificar el sistema político existente mediante medios violentos, estamos ante sujetos (los terroristas) que responden a los mismos parámetros de aprendizaje y estructuras de control social (formales e informales) que el resto de la sociedad hacia la que dirigen sus acciones. Se trata de organizaciones que no son automáticamente ilegales por los fines que persiguen, que en sí mismos podrían ser legítimos⁶², sino que se convierten en tales por los medios empleados para conseguirlos, contrarios a la Constitución Española y al ordenamiento jurídico.

Ante este tipo de terrorismo, las tendencias intensificadoras de la legislación penal, que se traducen en un incremento desmesurado de las penas, en un adelan-

tamiento de las barreras de intervención penal, en la flexibilización (e incluso eliminación) de los derechos y garantías constitucionales, es posible que pudieran tener alguna eficacia preventiva. Si la prevención se basa esencialmente en la motivación, como hemos señalado, podría afirmarse que estas medidas preventivas y securitarias pueden causar algún tipo de “temor” a este terrorismo nacionalista, que pudiera conllevar una potencial “inocuidación” de los sujetos involucrados en estas actividades. Efectivamente, y siguiendo la teoría del “homo oeconomicus”⁶³, los sujetos pertenecientes a una organización de signo nacionalista, que responden a los mismos sistemas de aprendizaje y de control social que la sociedad a la que atacan, es “posible” que se planteen un análisis de costos-beneficios que pueda reportarles su comportamiento; y desde este planteamiento, es posible que pudieran “motivarse” por el resultado del mismo ante el incremento desmesurado de las consecuencias jurídicas para esas acciones, y los escasos beneficios que les reportarían. No debemos olvidar que se trata de una “lucha armada” encaminada a una meta final (la obtención de la “finalidad política” perseguida) respecto de la que los propios terroristas son plenamente conscientes que no alcanzarán, y en estos casos, los resultados intermedios (atentados terroristas concretos, muertes, daños, etc.) no implican “beneficios” computables.

Sin duda, en estos casos una legislación netamente preventiva y securitaria como la actual en esta materia, podría tener algún tipo de eficacia dado que los sujetos son susceptibles de ser “motivados” por la misma y actuar en consecuencia. Es decir, podría llegar a aceptarse, como mera hipótesis de trabajo, que este tipo de tendencias y medidas, pudieran ser “útiles” e, incluso, “eficaces” para la lucha contra ese terrorismo nacionalista.

La pregunta aquí es otra, ¿en un Estado de Derecho se puede optar entre lo útil y eficaz y lo legítimo? Esa es la cuestión a responder, y en mi opinión, la respuesta que se dé, determinará el modelo de Estado que se trata de establecer. Ya he puesto de relieve que considero que la respuesta a esa pregunta debe ser indubitadamente y sin ningún tipo de consideraciones ni matizaciones,

60 Cfrs. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p. 212.

61 Finalidades tradicionalmente presentes en los delitos de terrorismo, ampliadas hoy en día por virtud de la LO 2/2015, de 30 de marzo.

62 Este podría ser el caso de la independencia de Euskadi presuntamente perseguida por la organización terrorista ETA; o la de Irlanda, en el caso del IRA, o la lucha contra el sistema de Gobierno de su país en el caso de las FARC, etc.

63 Cfrs. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, cit., p. 212.

“no”. Y ello por muchas y variadas razones. En primer lugar, porque en la legislación existente en lo que dice configurarse como un Estado de Derecho, en ningún caso estaría justificada la implantación de medidas que quebranten los principios y garantías constitucionales, sea cual sea el delito del que se trate. En segundo lugar, porque admitir la normalización de cualquier tipo de legislación excepcional o de emergencia (como pudiera ser la que se deriva de la lucha contra el terrorismo), provoca una mayor inseguridad para la sociedad debido a la falta de límites del poder estatal. Históricamente ha quedado demostrado de forma notoria que la mayor amenaza para un Estado de Derecho, y para los derechos, libertades y garantías inherentes al mismo, no proviene de los terroristas, sino de la respuesta que los Estados y Gobiernos articulan contra ellos, convirtiéndose en un *Estado policía*, que constituye el principal foco de peligro para una democracia.

El terrorismo, en cualquiera de sus acepciones, no tiene capacidad para destruir, ni siquiera para poner en peligro real, serio y grave nuestro sistema social o nuestro Estado de Derecho, pero sí tiene esa potencialidad una lucha contra el terrorismo teñida de excepcionalidades y restricciones de garantías que pueden llegar a destruir el fundamento mismo del Estado de Derecho. Y, desgraciadamente, la historia se ha encargado de demostrar esta realidad. En el momento en el que, en términos de “*eficacia*” y “*utilidad*” se permite la instauración de una excepcionalidad quebrantadora del sistema de derechos y garantías, esa “*excepcionalidad*” no ha dado marcha atrás, sino que paulatinamente ha ido ampliando su radio de acción, encontrando para ello los más diversos fundamentos y motivaciones (delitos sexuales, tráfico de personas, narcotráfico, violencia de género, etc.)

En este punto, nunca “*lo útil*” o “*lo eficaz*” puede prevalecer sobre “*lo legítimo*”; eso sería insostenible en un Estado de Derecho. Y aunque la respuesta a si los planteamientos preventivistas son eficaces para la lucha contra el terrorismo pudiera ser afirmativa, en términos meramente matemáticos de potencial descenso del número de acciones, nunca podría serlo en relación con la legitimidad de este tipo de legislación; es preciso tener plenamente presentes las palabras de MIR PUIG⁶⁴ “*la única reacción válida ante cada atentado terrorista es reclamar la aplicación efectiva de un derecho penal*

que suponga la afirmación de los valores y principios jurídico-democráticos negados por el terrorismo (...) Pasa entonces a un primer plano la necesidad de que la pena no persiga únicamente una finalidad intimidatoria de prevención general negativa, sino también una finalidad de prevención general positiva que refuerce la legitimidad del Derecho y se la quite por completo al terrorismo. Ello sólo puede conseguirse respetando los límites consustanciales a un Derecho penal legítimo”.

Radicalmente distinta es la situación en relación con el terrorismo islamista o de signo religioso. Ya hemos señalado al principio de este trabajo que este tipo de terrorismo responde a fundamentos radicalmente diferentes a los del terrorismo nacionalista. Aquí pasamos de la búsqueda de unas metas concretas (sociales, políticas o ideológicas), a una meta “universal”, la *guerra santa*, la “*lucha contra el infiel*”, que se convierte en un *deber sagrado* para todo creyente, en una obligación encaminada a proclamar el “Reino de Dios” y el “Estado de la Fe”.

En este escenario, la situación cambia notablemente, nos encontramos ante organizaciones e incluso Estados, en los que se establece un Gobierno religioso, y la característica esencial de este tipo de gobierno es que “*pretende controlar no solo las relaciones políticas y sociales, sino también las actitudes individuales. No sólo los comportamientos, sino también las conciencias*”⁶⁵. De este modo, la ley de Dios es la que impera, la ley de los hombres queda subordinada; o dicho de otra manera, también existe el *imperio de la ley*, pero de la ley de Dios.

Se trata, esencialmente, de que el Corán se transforma en la Constitución, en la ley, y los mandatos en él contenidos se configuran como normas jurídicas. No puede existir otra ley que tenga validez o que esté por encima del Corán. Y la obligación derivada del mismo, es la norma que hay que cumplir. El Corán (la ley) moviliza a la *yihad*⁶⁶, esto es, a la *lucha contra los no creyentes*, a la *guerra santa*. El planteamiento es muy simple: a fin de destruir el estado de ignorancia, el dominio de infieles y no creyentes, y para alcanzar la meta del poder islámico, el único instrumento posible es la *yihad* que requiere el recurso al terror por minorías organizadas que asumen la misión de eliminar al enemigo del Islam; y todos los creyentes deben formar parte de ese ejército de luchadores, donde el premio es la concesión del estado máximo de la divinidad.

64 Cfrs. MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, cit., pp 349 y ss.

65 Cfrs. CHARFI, *Islam y Libertad*, cit., p. 45.

66 Respecto a la delimitación del término *yihad*, cfrs. *supra* nota 45.

En resumen, la religión se configura como una concepción ideológica delimitadora del orden social y político en su totalidad, de manera que existe una unidad esencial entre fe y política, subordinada a la verdadera ley, la ley islámica. Ello pone de manifiesto algunos aspectos, esencialmente que los “*terroristas religiosos o islámicos*” no se conciben a sí mismos como tales, como delincuentes. No son “*enemigos*” quebrantadores de la norma, sino que son “*ciudadanos*” respetuosos de la misma, los más respetuosos si cabe. El punto radica, en que la norma a la que se refieren es “su” norma, “su” ley, la “única” válida: el Corán, la ley de Dios. En definitiva, desde su perspectiva, claro que responden a la motivación originada por la ley, pero a la de su ley; las motivaciones derivadas de cualquier otra ley, siempre estarán subordinadas.

Es en este punto donde quiebra el fin de prevención perseguido por las últimas reformas penales. Tal como señalábamos, la motivación procedente de la “*amenaza penal*” debe venir complementada por otros sistemas e instancias de control social distintos del ordenamiento jurídico-penal, de tal manera que se afianza un concreto sistema social de valores. Es decir, las estructuras transmitidas por los medios de control social no formalizados a estos sujetos terroristas, no responden a los mismos parámetros que las de aquellos (los hombres) que crean las leyes (códigos penales) en las sociedades a las que atacan. Han sido educados con otro sistema de valores: los mandatos que se derivan de la ley de dios, del Corán, que es la única y máxima ley, y que además han sido los afianzados y transmitidos en los medios de control social informales (familia, escuela, amigos...)

En definitiva, no es que el “*terrorista islámico o religioso*” no sea susceptible de ser motivado, sino que es motivado por su propia ley, y sus propios sistemas de control social. Hace lo que la ley (su ley) le dice, y es un buen creyente, o lo que sería lo mismo, un buen ciudadano. El terrorista islámico también se plantea como opción respetar una norma o infringirla, y también pondera los costes-beneficios de esa decisión; es decir, se plantea el mandato derivado del Corán, la guerra santa, y la consecuencia de su cumplimiento, el premio del Paraíso, o su incumplimiento, la expulsión del mismo. Se trata nuevamente del “*homo oeconomicus*”, pero donde cambian los elementos. ¿Qué efecto pueden tener las medidas preventivas y securitarias contenidas en un Código penal procedente de los hombres, que además no son los que forman parte de su “sistema social”, frente a los mandatos de la ley de Dios? Por muy graves que sean los castigos que se impongan, nunca lo serán tanto como la condenación eterna. Y el premio

que se puede recibir (la divinidad, el Paraíso) es muy superior a las penalidades que se deriven de la imposición de las leyes de los hombres.

Es cierto que, en este caso, tampoco la “*guerra santa*” exigida por la ley islámica alcanzará plenamente su eliminación del infiel, pero aquí, a diferencia del terrorismo nacionalista, las acciones y resultados intermedios (atentados, muertes, daños...) sí tienen valor: el de constituir el medio para cumplir la ley de Dios y alcanzar el Paraíso.

Por otra parte, en el caso del terrorismo islamista o religioso no sólo quiebra la prevención general negativa, sino también la *prevención especial*. Las creencias y métodos empleados por estos terroristas impiden al Estado que reafirme la posible finalidad preventiva especial de la pena. La existencia, como método esencial de lucha, del *terrorista suicida*, que se inmola en nombre y gloria de su Dios y su religión, imposibilita que el Estado pueda aplicarle una pena que cumpla no sólo con el aspecto retributivo, sino con el de “*inocuidación*” y el de reinserción del delincuente.

Este fracaso de la prevención general negativa y de la prevención especial, conlleva automáticamente el de la *prevención general positiva*, esto es, reafirmar la confianza de los ciudadanos en la validez de la norma. La esencia y estructura de este tipo de terrorismo lo convierte en incontrolable, en imprevisible, y, por tanto, impide que la sociedad pueda constatar que la seguridad que se deriva de la existencia de una norma, no será infringida (porque el terrorista en este caso no se verá motivado por la amenaza penal dado que no es su amenaza penal), y que en el caso de ser vulnerada, se dará adecuada respuesta penal (lo cual no será posible dado que el terrorista en la mayor parte de los casos estará muerto).

En definitiva, no se cumplirían ninguna de las finalidades preventivas previstas en nuestro ordenamiento jurídico. Ante esto, la pregunta es inmediata: si en el caso del terrorismo religioso las medidas preventivas que intensifican la intervención penal implicando la relativización de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, no son eficaces ni útiles, y en el caso del terrorismo nacionalista, que hipotéticamente pudieran llegar a serlo, ya no son, afortunadamente, necesarias, ¿para qué introducimos en nuestras legislaciones reformas normativas claramente ilegítimas en un Estado de Derecho? ¿no se habrían convertido este tipo de medidas preventivas y securitarias en un planteamiento anacrónico difícilmente justificable y sostenible?

4. Eficacia versus anacronismo: el sentido de las reformas penales

Llegados a este punto considero necesaria una recapitulación de lo que hemos ido exponiendo a lo largo de este trabajo a fin de tomar postura de manera clara en relación con la necesidad, procedencia y adecuación tanto de la legislación antiterrorista que existe en nuestro país, como de las sucesivas reformas legislativas que se han ido incorporando.

En primer lugar afirmábamos que en los últimos tiempos, esencialmente a partir del 11S, se ha suscitado un incontrolable sentimiento de *inseguridad* en la sociedad, alentado tanto desde los medios de comunicación como desde las instituciones del Estado. Ello provoca la exigencia social de que los poderes públicos arbitren todas las medidas precisas y necesarias para obtener una mayor (total) seguridad, por muy extremas que éstas sean y por mucho que atenten y lesionen los derechos y garantías de las personas⁶⁷. Y la solución que reclama la sociedad y por la que optan los poderes públicos es siempre la misma: el recurso al Derecho penal, unas veces mediante una expansión que implica la tipificación de nuevos comportamientos, la mayor parte de los cuales se encuentran absolutamente desconectados de la potencial lesión de los bienes jurídicos, pero que se perciben como potencialmente peligrosos o intolerables; y otras mediante una intensificación de la respuesta en intervención penal que se traduce generalmente en un incremento absolutamente desmesurado de las penas y en una relajación (si no eliminación) de las garantías penales y procesales.

Ante esta situación, la reacción de los poderes públicos y del Derecho penal ante el terrorismo se percibe desde una doble perspectiva: por un lado, un sector ampliamente mayoritario de la doctrina jurídico penal se inclina por una postura muy crítica hacia determinadas medidas incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico que son percibidas como abusos en la acción de los órganos de persecución penal y como peligrosas para el Estado de Derecho y los derechos y libertades de los ciudadanos; pero, por otro lado, existe la preocupación, esencialmente entre los operadores sociales, los medios de comunicación y la opinión pública, de que un *exceso de garantías* determine la

ineficacia e inutilidad de los mecanismos de lucha contra el terrorismo.

La realidad jurídica actual que se extrae de las sucesivas reformas que han ido produciéndose en materia de terrorismo avala que la opción ha sido en favor de la segunda de las posturas planteadas. Lo fundamental ya no es la lucha por el respeto de los principios y garantías básicas de un Estado de Derecho (que muchas veces se conciben como estorbos), sino que lo esencial es lograr la *utilidad* y *eficacia* en la lucha contra el terrorismo. Así, en aras de “*lo útil*”, se relega y vulnera “*lo legítimo*”. Y “*lo útil*” se centra, principalmente, en inocular al *enemigo*, en eliminar a quien se presenta como un grave y continuo infractor de la norma jurídica. Cualquier medida encaminada a alcanzar dicha meta es útil y eficaz, y consecuentemente debiera (y de hecho, está) estar permitida y ser considerada “*legítima*”.

En este punto, probablemente resultaría reiterativo que repitiese lo que ha se ha dicho en innumerables ocasiones a lo largo de este trabajo: que los derechos y las garantías de las personas son (o, al menos, deberían ser) inquebrantables, inalienables e irrenunciables; que ningún comportamiento, ni siquiera el más atroz de todos, justifica que en un Estado de Derecho, se renuncie, obvie, manipule o aplique de modo discriminado e interesado las garantías constitucionales. Para el Estado de Derecho y la “*seguridad*” de los ciudadanos es mucho más lesiva y peligrosa una legislación excepcional encaminada a la inocuización/eliminación del delincuente, que el delincuente mismo y sus acciones, terrorismo incluido. No voy a repetirlo, porque considero que ha quedado muy clara mi postura al respecto. Pero sí creo preciso realizar un análisis y valoración global de todas estas reformas penales, de las medidas exclusivamente preventivas y securitarias con las que se avala la relajación, flexibilización o elusión del respeto a los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos. Y para ello, trataré de basar mi análisis en la misma línea argumental que mantienen los partidarios de este tipo de normativa, esto es, el lenguaje de la *utilidad-eficacia*.

En términos de utilidad/eficacia respecto de la lucha contra el terrorismo surge una “*obsesión*” del legislador por luchar denodadamente contra este fe-

67 Así, por ejemplo, una reciente encuesta realizada por *Pew Research Center*, ha puesto de relieve que en Estados Unidos, un 50% de los ciudadanos están de acuerdo en ser vigilados, que se intercepten sus comunicaciones y se vulnere su privacidad como parte de la lucha contra el terrorismo; según estos resultados, los encuestados consideran que es más importante investigar y luchar contra el terrorismo que el respeto a la privacidad, cfrs. *Diario La Tercera*, Santiago de Chile, 4 de agosto de 2013.

nómeno, y, obviamente, el Derecho penal constituye el mejor instrumento dado que se permite la mayor restricción y vulneración de los ámbitos de libertad de los ciudadanos de todo el ordenamiento jurídico e, incluso paradójicamente, de las de seguridad, que ahora no se verá vulnerada por sus semejantes sino por el aparato estatal. De este modo, y desde el prisma de la utilidad/eficacia, se produce una ruptura del modo tradicional de la lucha contra el terrorismo, de manera que se consienten todo tipo de excesos normativos que se han plasmado en las sucesivas reformas penales. Por un lado, surge una tendencia expansiva del Derecho penal en relación con los delitos de terrorismo, identificando como tales supuestos que poco o nada tienen que ver con el mismo, pero que conlleven la aplicación de consecuencias jurídico penales y procesales de naturaleza excepcional a una amplísima constelación de fenómenos radicalmente diferentes entre sí, y que la mayor parte de las veces sólo tienen por nexo común la mera disidencia o discrepancia política. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el delito de enaltecimiento del terrorismo regulado en el art. 578 del Código penal. Se trata de no dejar resquicio alguno a la potencial impunidad de cualquier forma de colaboración por alejada que esté del núcleo de la actividad terrorista o de la potencial lesión del bien jurídico; en definitiva, el objetivo es criminalizar cualquier manifestación de una conducta que pueda favorecer, facilitar, apoyar directa o indirectamente los delitos de terrorismo o a sus autores, de manera que cualquier relación con los mismos, sea del tipo que sea, se convierte en delito. Es decir, el mensaje es muy claro: *“o estás contra el terrorismo, o formas parte de él”*.

A esta tendencia parece responder la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos que, entre los supuestos que permitirían la ilegalización de un partido político, incluye el *apoyo expreso o tácito* al terrorismo o sus autores (art. 9.3). Si difícil resulta, desde el prisma de un Estado de Derecho, comprender que la emisión de una *opinión*, sea del tipo que sea, pueda ser susceptible de criminalización, en relación con el *apoyo tácito*, que por contraposición debiera entenderse como silencio o no condena del terrorismo, es absolutamente injustificable, insostenible e intolerable, salvo en aras de la tan pretendida *utilidad*, esto es, en aras de eliminar del panorama social no sólo al terrorista, sino a todos aquellos que ideológicamente comparten su postura, que *piensan* como él.

A ello se unen sucesivas reformas penales que incorporan supuestos de penas draconianas y claramente

desproporcionadas en el ámbito del terrorismo, donde se pueden alcanzar la *pena de prisión permanente revisable*.

El último bastión de reformas penales en materia de terrorismo lo constituye la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, que entre importantes reformas en esta materia, penaliza conductas como el reclutamiento de simpatizantes para apoyar a grupos terroristas en países en los que estos grupos desenvuelvan sus actividades en auténticas guerras civiles, conseguir información e incluso adoctrinamiento pasivo de ideas afines al terrorismo accediendo a los servicios de comunicación o Internet, convertir en delictiva la manifestación de ideas favorables a las organizaciones terroristas, etc.

En definitiva, con las últimas reformas penales, tal como hemos analizado a lo largo de este trabajo, el legislador persigue sancionar los actos preparatorios o *“infracciones satélites”* del terrorismo, tratando de abarcar penalmente todas las conductas que giren o puedan llegar a girar en torno al fenómeno terrorista a fin de reducir al máximo su capacidad logística anímica e ideológica, o lo que es lo mismo, *“toda forma de apoyo posible a la organización”*. De este modo, la respuesta penal en esta materia se extiende hacia los *“amigos de los enemigos”*, en un claro discurso preventivo que supone un adelantamiento de las barreras de protección penal y la búsqueda de la exclusión y marginación social del terrorista a toda costa. A ello debemos unirle la incorporación de penas claramente desproporcionadas en relación con la conducta realizada.

La vulneración de las garantías constitucionales y el quebrantamiento de los principios básicos de un Estado de Derecho que se producen a causa de este tipo de normativa securitaria y preventiva ha quedado de puesta de relieve a lo largo de este análisis. La pregunta en este punto es evidente: ¿cuál es la razón de este tipo de regulación? ¿Qué persigue el legislador con la introducción de esta normativa?

La respuesta, en mi opinión, es igualmente clara. Se trata de evitar el terrorismo, de erradicarlo, mediante la prevención, por cualquier medio o medida, de sus actividades. Y esta prevención, como también hemos señalado, se obtiene mediante la motivación a través de la tipificación de todo tipo de conductas que tengan una relación, aunque sea lejana, con el terrorismo y de la imposición de gravísimas consecuencias jurídicas para la misma. Es decir, motivar y, por tanto, prevenir, no sólo los comportamientos de los terroristas sino también de los de su círculo o entorno social.

Desde estos planteamientos, nos enfrentamos a una lucha contra el enemigo y su entorno, en la que

cualquier medida, constitucional o no, está justificada siempre y cuando sea útil y eficaz para la consecución de la meta perseguida, esto es, para la erradicación del terrorismo. Se trata de ir aislándolo, hasta que se encuentren absolutamente solos y su única opción sea la *rendición* o la *desaparición* del panorama social.

Este es el planteamiento que se desprende de las últimas reformas legislativas en materia de terrorismo. La prevención (general) se convierte en el único núcleo y finalidad de la norma penal; todo gira en aras del prevencionismo absoluto, encaminado a evitar como sea y a costa de lo que sea cualquier tipo de acto terrorista. En definitiva, todo vale siempre que sea útil y eficaz para erradicar el terrorismo.

Así, a la cuestión de por qué se incorporan a nuestra legislación medidas que infringen los principios básicos de un Estado de Derecho y que vulneran las garantías y derechos constitucionalmente reconocidos, se responde de manera clara: porque es útil y eficaz para erradicar el terrorismo. Y lo es porque la gravedad de sus consecuencias, incluso de las más ilegítimas de todas, sirven de intimidación idónea para que los sujetos (los terroristas y su entorno) se abstengan de delinquir, se ven motivadas por ellas, son eficaces en términos de prevención del delito.

Por tanto, la prevención se convierte en el único fundamento que *“justifica”* la incorporación de este tipo de planteamiento preventivistas y securitarios. O dicho de otro modo, la *“prevención eficaz”* es lo único que *“legitimaría”* la vulneración del Estado de Derecho. Así, desde la postura de los defensores de estos planteamientos, y utilizando sus argumentos exclusivamente como hipótesis, siempre que estas reformas y medidas sirvan para prevenir serán válidas y *“legítimas”*, lo que nos lleva inexorablemente a analizar si efectivamente las medidas incluidas en las últimas reformas penales sirven para *“prevenir”*.

Si analizamos estas reformas desde la perspectiva de un terrorismo nacionalista (ETA, GRAPO, IRA, etc.) en el que nos enfrentamos a sujetos (terroristas enemigos) que responden a los mismo parámetros de aprendizaje y estructuras de control social (formales e informales) que el resto de la sociedad hacia la que dirigen sus acciones, las tendencias preventivas y securitarias, intensificadoras de la intervención penal, es posible que hipotéticamente pudieran tener alguna eficacia preventiva. Dicho

de otro modo, a quien le presta un coche a un terrorista de ETA para que pueda escapar de la policía, la *“amenaza”* de que su comportamiento puede conllevar una penal privativa de libertad de cinco a diez años de prisión, puede que sea lo suficientemente *eficaz* para que se abstenga de prestárselo, de ayudarlo⁶⁸.

Si la erradicación del terrorismo nacionalista se asienta sobre la eficacia de la prevención que se desprende de las normas penales, y esta eficacia se sustenta en la idoneidad motivadora que conlleva, podría aceptarse, como mera hipótesis de trabajo, que estas medidas preventivas y securitarias pueden causar algún tipo de *temor* a este terrorismo, y, por consiguiente, implican una potencial utilidad para acabar con el mismo. En conclusión, para los partidarios de este planteamiento, si las medidas preventivas sirven para luchar contra el terrorismo, se convierten en *“legítimas”*.

El razonamiento sería el siguiente: si las medidas son idóneas para prevenir, entonces las medidas son válidas para el ordenamiento jurídico. El problema surgiría en el caso de que dicho razonamiento quebrase porque esa prevención no se produjese; es decir, si a pesar de la incorporación de todo un arsenal de medidas intensificadoras de la intervención penal encaminadas a que los sujetos se vean motivados por ellas, y, por tanto, sean útiles para prevenir el delito, esta prevención no se produce porque los sujetos no resultan motivados por la norma, o por esa concreta norma.

Es lo que sucede, tal como hemos expuesto en el epígrafe anterior, en el caso del terrorismo de signo religioso o islamista. Los sujetos (terroristas enemigos) actúan motivados por sus convicciones religiosas que son *“su”* ley, con lo que no se sentirán motivados por los mandatos normativos contenidos en un ordenamiento jurídico elaborado por los hombres, y que no proviene de la *voluntad de Dios*. Su motivación se deriva del *mandato divino* contenido en la *ley de Dios*, y este mandato les conmina a la realización de un comportamiento contrario a la ley de los hombres, a participar en la *guerra santa*, en la *yihad*, a tratar de alcanzar la eliminación del infiel por cualquier medio, fundamentalmente violentos. De este modo la capacidad motivadora y, consecuentemente, la eficacia preventiva de un Código penal elaborado por los hombres y de todas las reformas legislativas que en esta materia pudieran hacerse, es totalmente nula.

68 Otro reflejo más de la innegable infracción del principio de proporcionalidad en esta materia. Recordemos que el delito de lesiones cualificadas (art. 149) o el de violación (art. 179) conllevan una pena de seis a doce años. La desproporción de la respuesta jurídica en relación con el desvalor de los comportamientos es evidente.

La explicación también la hemos expuesto con anterioridad, en mi opinión, en el caso de sujetos terroristas de signo religioso, las estructuras transmitidas por los medios de control social no formalizados no responden a los mismos parámetros de aquellas sociedades a las que atacan, ni obviamente a sus leyes penales. Por el contrario, han sido educados en otro sistema de valores: los mandatos de la ley de Dios, donde el premio por su cumplimiento es el Paraíso, y el castigo por no respetarlo (la condenación eterna) es infinitamente más grave para ellos que el que pudiera derivarse de un Código penal. La ley de Dios sí que tiene capacidad motivadora y efectos preventivos, mucho más fuertes y sólidos que los que pudieran proceder de cualquier tipo de legislación penal.

Sobre esta base, las medidas y tendencias que se desprenden de las últimas reformas penales encaminadas a la exacerbación de la intervención penal respecto de todo el entorno terrorista son *inútiles e ineficaces* para este tipo de terrorismo. Retomando el ejemplo que hemos utilizado con anterioridad, quien le presta un vehículo para escapar de la policía a un terrorista islámico, está ayudando a un fiel creyente, a un “*buen ciudadano*”. No se trata de un *enemigo* que contraviene las normas, por el contrario está cumpliendo los mandatos de la ley (*su ley*, el Corán); y ello implica que quien le presta ayuda también los está cumpliendo, también está luchando en la *guerra santa* que su ley les impone. Así, si el castigo por no ayudar al héroe es la condenación eterna (ley de Dios) y el castigo por hacerlo es una pena de cinco a diez años de prisión (ley de los hombres), la opción es clara. Y sería igualmente clara aunque las penas se elevaran de forma desmesurada, porque la *eternidad* siempre duraría más que cualquier castigo terrenal. Esta opción tan clara determina la inutilidad de cualquier medida que suponga una intensificación y exacerbación de la intervención penal, porque no va a significar que los sujetos se vean más motivados a abstenerse de infringir un mandato penal.

En este punto, si la justificación de una legislación que vulnera los principios de un Estado de Derecho y lesiona las garantías de los ciudadanos, radicaba según los defensores de la misma, en su potencial eficacia preventiva, y esta eficacia preventiva no existe, ¿para

qué se crean este tipo de normas tan altamente cuestionables?

La única respuesta posible es: para hacer frente al terrorismo de signo nacionalista que, como hemos expuesto, es el único que efectivamente pudiera verse motivado por este tipo de medidas. El problema está en que, afortunadamente, este tipo de terrorismo está en vías de desaparición (o ya ha desaparecido)⁶⁹ y, por tanto, difícilmente esas medidas legislativas podrán aplicarse en estos casos.

En resumen, si respecto del terrorismo sectorial o nacionalista las políticas y medidas legislativas preventivas y securitarias serían inaplicables por cuanto ya no se producirían este tipo de atentados, y respecto al terrorismo de signo religioso no tienen ninguna utilidad, no queda sino deducir que, en este ámbito, cualquier propuesta o normativa encaminada a la restricción de la libertad en pro de una “*virtual*” seguridad, es absolutamente anacrónica y carente de fundamento (si es que en algún momento lo tuvo) alguno.

En definitiva, lo que bajo planteamientos preventivos pudiera tener justificación, por útil, a pesar de vulnerar los principios del Estado de Derecho, la ha perdido por completo al ser absolutamente ineficaz. Y, en este punto, la pregunta vuelve a ser evidente: ¿si no sirve para nada, por qué se ha permitido la inclusión de este tipo de legislación? Sobre todo, partiendo de la base de que toda esta normativa excepcional nunca da marcha atrás, nunca desaparece⁷⁰, pero sí puede emplearse respecto de otros sectores que nada tienen que ver con aquellos para los que inicialmente fue “*legitimada*”.

Ello nos obliga a terminar como empezamos. Afirmando que ningún tipo de comportamiento, ni siquiera el más atroz de ellos, ni la intranquilidad o aparente inseguridad de la sociedad, ni la indignación de la misma puede justificar que en un Estado de Derecho se renuncie al respeto a los principios que lo informan y fundamentan y a las garantías y derechos de los ciudadanos que del mismo se derivan, pero sobre todo, que en ningún Estado de Derecho existe un “*exceso de garantías*”, y ni siquiera excepcionalmente puede ni debe renunciarse a ellos. El peligro para cualquier sociedad democrática no está en el terrorismo, ni en los terroris-

69 La organización terrorista ETA declaró en octubre de 2011 el cese definitivo de la lucha armada sin que se haya producido ningún atentado terrorista desde ese momento. Situación que se refleja en el Barómetro del CIS, que en abril de 2013 indica que el terrorismo era un problema que preocupaba a un 0,6% de la población.

70 Cfrs. CARRASCO DURAN, “Medidas antiterroristas y Constitución”, cit., p. 23 quien afirma que un fenómeno característico de las nuevas medidas antiterroristas “*ha sido su tendencia a consolidarse en el tiempo o a convertirse en permanentes, lo cual ha ocurrido, incluso, en Estados donde, inicialmente, fueron aprobadas con carácter temporal*”.

tas ni en sus acciones. El peligro grave, real y serio se encuentra en una lucha contra el terrorismo teñida de excepciones y restricciones de las garantías que puede llegar a dañar y destruir el fundamento mismo del Estado de Derecho por la inseguridad que provoca⁷¹.

Como ya hemos señalado, la única forma de lucha contra el terrorismo, sea este del signo que sea, sólo puede ser la de reafirmar la prevalencia del Estado de Derecho, y de los derechos, libertades y garantías que lo fundamentan. En palabras de MIR PUIG⁷² “la única reacción válida ante cada atentado terrorista es reclamar la aplicación efectiva de un Derecho penal que suponga la reafirmación de los valores y principios jurídicos democráticos”. O como señala CARRASCO DURAN⁷³, “el dilema que opone libertad y seguridad es falso, dado que el Estado democrático dispone de instrumentos eficaces para luchar contra el terrorismo, manteniendo al mismo tiempo la vigencia de los derechos fundamentales y del juego ordinario de equilibrio de poderes entre sus instituciones”.

Sólo la reafirmación del Estado de Derecho sirve como medio legítimo de lucha contra quienes pretender vulnerarlo. O lo que es lo mismo, para proteger el Estado de Derecho, sólo se puede recurrir al Estado de Derecho.

5. Bibliografía

- ÁLVAREZ OSSORIO-MICHEO, “El “adecuado control parlamentario” (art. 55.2 CE), según la STC 71/1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, n.º 43, enero-abril 1995.
- AMBOS, “Feindstrafrecht”, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 124, 2006.

ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios jurídicos en memoria de Jose M^a Lidón*, Echano Balsdua (coord.), 2002.

ASUA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas” y conductas periféricas” en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DIEZ, *Derecho penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid 2006.

BRANDÁRIZ GARCÍA, “Itinerarios de evolución del sistema penal como mecanismo de control social en las sociedades contemporáneas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004.

BRANDÁRIZ GARCÍA, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *Revista gallega de seguridad pública*, Segunda época, N.º 9. (2006).

CANCIO MELIÁ, “¿Derecho penal del enemigo?”, en JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid 2003.

CANCIO MELIÁ, “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en CANCIO MELIÁ/POZUELO PEREZ (coord.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra 2008.

CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010.

CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, en *la Ley penal*, n.º 86, octubre 2011.

71 Así, señala ÁLVAREZ OSSORIO-MICHEO, “El “adecuado control parlamentario” (art. 55.2 CE), según la STC 71/1995”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 15, n.º 43, enero-abril 1995, pp 283 y ss., en relación con las medidas excepcionales, concretamente con la posible suspensión excepcional de los derechos fundamentales recogida en el art. 55.2 de la Constitución, que la única forma de respetar los principios básicos de un Estado democrático radica en que la aplicación de este precepto (y otros similares) sea sometido a un control parlamentario (además de judicial) de sus necesidad y procedencia, dado que “hablar de autocontrol (se refiere el autor al control parlamentario) teniendo siempre presente que nos movemos en el campo de la excepcionalidad, en el supuesto del art. 55.22 CE es como hablar de autodefensa frente a las medidas excepcionales que el legislador aprueba pero que el Ejecutivo ‘disfruta’”, cfrs. p. 302.

72 Cfrs. MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, cit., p. 349.

73 Cfrs. CARRASCO DURAN, “Medidas antiterroristas y Constitución”, cit., p. 54.

- CARRASCO DURAN,, “Medidas antiterroristas y Constitución tras el 11 de septiembre de 2001”, en *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Pérez Royo (direct.), 2010.
- CHARFI, M. *Islam y Libertad. El malentendido histórico*, 2011.
- DIEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 07-01, 2005, www.criminet.es.
- DIEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, nº 1, 1-7, enero 2001.
- FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004.
- FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales. La Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas”, en FARALDO CABANA (direct.), *Nuevos retos del Derecho penal en la era de la globalización*, Valencia 2004.
- GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, en *La reforma penal de 2010: análisis y comentario*, Quintero Olivares (direct.), 2010.
- GARCÍA DEL BLANCO, “Delitos de terrorismo, cumplimiento de pena y separación de poderes: el caso ‘De Juana Chaos’”, en *La Ley penal*, nº 41, septiembre 2007.
- GERBER, “Direito penal do inimigo: Jakobs, nazismo e a vella estória de sempre”, en *Novos Rumos do Direito penal contemporâneo*, Livro em Homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.
- GOMEZ MARTIN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en *La seguridad pública ante el Derecho penal*, en MIR PUIG/QUERALT JIMENEZ (direct.), Madrid 2010.
- GONZÁLEZ CUSSAC, “Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006.
- HASSEMER, “El destino de los derecho del ciudadano en un Derecho penal eficaz”, en *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. Diaz Pita y Muñoz Conde, Valencia 1999.
- HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la Criminología y a la Política Criminal*, Valencia 2012.
- IGNATIEF, “El mal menor”, Madrid 2005.
- JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1997.
- JAKOBS, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft von den Herausforderungen der Gegenwart”, en Eser/Hassemer/Burkhardt, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, C.H. Beck, 2000, con versión en español, “La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Muñoz Conde (coord.), Valencia 200
- JAKOBS, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en JAKOBS/CANCIO, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.
- JAKOBS, “La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente”, en VVAA, *Escuela de verano del Poder Judicial, Galicia 1999*, Estudios de Derecho Judicial, 20, Madrid 2000.
- LACASTA-ZABALZA, *España Uniforme. El pluralismo enteco y desmemoriado de la sociedad española y de su conciencia nacional e intelectual*, Pamplona 1998.
- LAMARCA PÉREZ, “Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo”, en ZUÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DE DIEGO SANTOS (coords.), en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid 2001.
- LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo, Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010.
- MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria de Jose M^a Lidón*, Echano Basaldua (coord.), 2002.
- MUÑAGORRI LAGUÍA, “Acerca de las reformas del 2003 al Código penal español”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2003.
- MUÑOZ CONDE, “La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho penal del enemigo”, en *Retos de la política criminal actual*, Revista Galega de Seguridade Publica, Xunta de Galicia, Segunda época, nº 9.
- MUÑOZ CONDE, “Comentarios a los Congresos de Trento y Frankfurt sobre “el Derecho penal del enemigo””, en *Revista Penal*, nº 18, Huelva 2006.

- MUÑOZ CONDE, “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, *DOXA*, 15-16, 1994.
- MUÑOZ CONDE, *De nuevo sobre el “Derecho penal del enemigo”*, Buenos Aires, 2005.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 20ª ed., Valencia 2015.
- MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, Valencia 2000.
- PORTILLA CONTRERAS, “El Derecho penal y procesal del enemigo. Las viejas y nuevas políticas de seguridad frente a los peligros internos-externos”, en *Dogmática y Ley penal*, Libro Homenaje a Bacigalupo, Madrid 2004.
- PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, *Revista General de Derecho Penal*, nº 7, 2007, www.iustel.com.
- SILVA SANCHEZ, “Una primera lección de Derecho penal”, en *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho*, Homenaje a Mir Puig, Luzón Cuesta (direct.), 2010.
- SILVA SANCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona 1992.
- SILVA SANCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Madrid 2001.
- TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y derecho*, Madrid 1998.
- ZAFFARONI, *El enemigo en Derecho penal*, Dykinson, 2006.