

32

Julio 2013

Revista Penal

Julio 2013



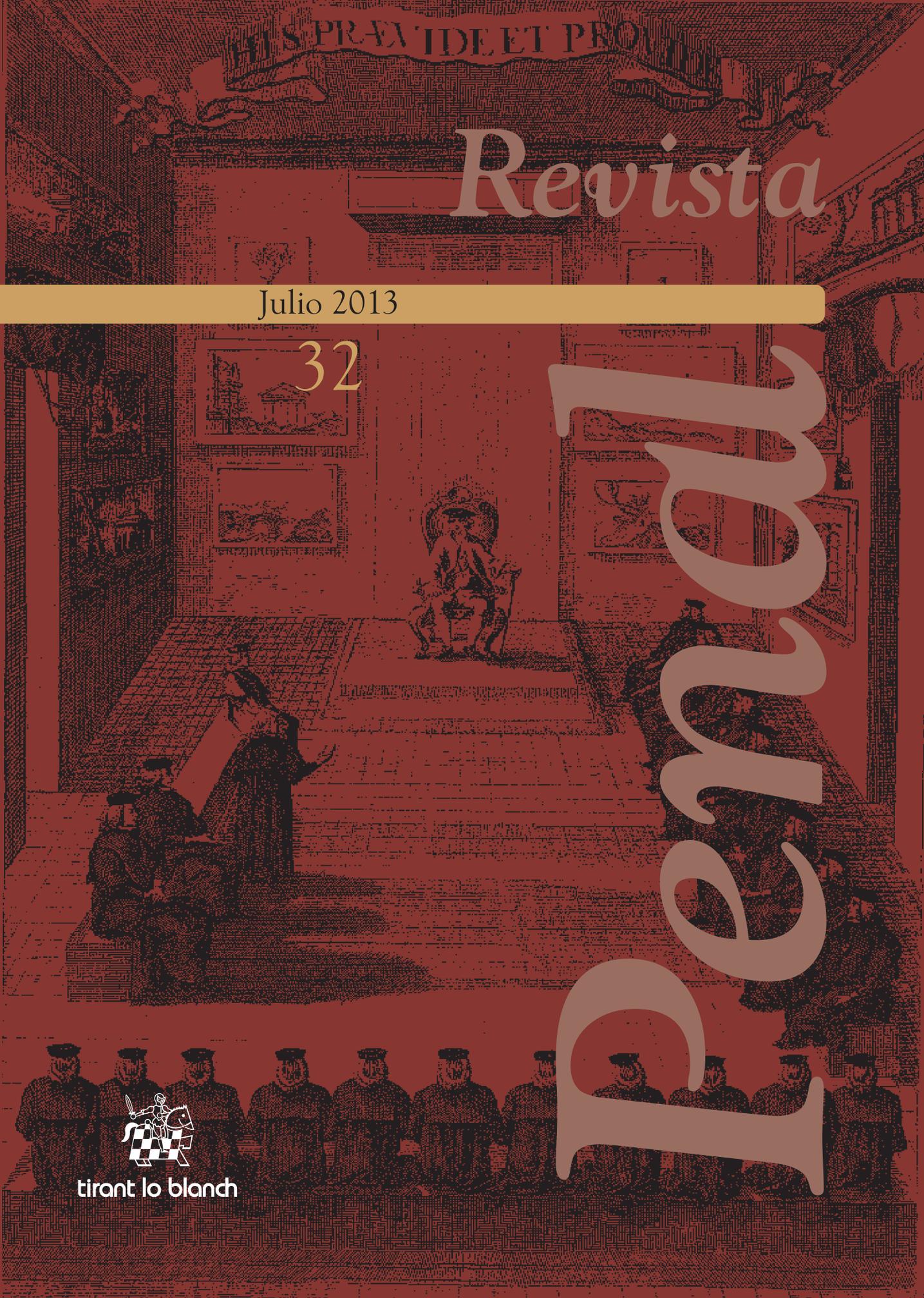
tirant lo blanch

S PRAVIDE ET PRO

Revista

32

Penal



Revista Penal

Número 32

Sumario

Doctrina:

- Aspectos problemáticos del delito de tráfico de órganos, por *Carmen Alastuey Dobón* 3
- Derecho Penal mínimo de los bienes jurídicos colectivos (Derecho Penal mínimo máximo) por *Mercedes Alonso Álamo* 23
- Investigando crímenes internacionales ante la Corte Penal Internacional: ¿existe una estrategia de enjuiciamiento coherente y comprensiva?, por *Kai Ambos e Ignaz Stegmüller*..... 41
- La protección de sistemas de información crítica y la Ley 53/07 de la República Dominicana sobre crímenes y delitos de alta tecnología, por *Désirée Barinas Ubiñas*..... 60
- Securitización, por *María Laura Böhm*..... 72
- Peligrosa irretroactividad y retroactividad para los peligrosos o socialmente indeseables por *Emiliano Borja Jiménez*..... 91
- La conducción tras el consumo de alcohol y drogas tóxicas: el inciso segundo del artículo 379.2 CP como infracción formal por *Luis Cáceres Ruiz*..... 113
- Reflexiones sobre los actos neutrales y la cooperación delictiva desde los criterios de la imputación objetiva, por *María José Cuenca García*..... 141
- La protección penal del medio ambiente a través de los delitos de incendio, por *Pastora García Álvarez y Carmen López Peregrín* 153
- El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos por *Elena Núñez Castaño*..... 179
- La imprescriptibilidad de las violaciones contra los derechos humanos cometidas en Uruguay (1973-1985) por *Jan-Michael Simon y Pablo Galain Palermo* 222
- CATORCE (14) AÑOS. Una propuesta de criterio “vinculante”, intocable desde los actuales postulados del Derecho penal de la seguridad, para la fijación del límite mínimo de la Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, por *María A. Trapero Barreales* 250

Sistemas penales comparados: Corrupción en el sector público y privado (Corruption in public and private sector) 283

Crónicas:

- “Cruce de caminos”. Laudatio en honor de Hernán Hormazábal y José Ramón Serrano-Piedecasas Fernández, por *Eduardo Demetrio Crespo* 331
- La pena de muerte en el International Forum on Crime and Criminal Law in the Global Era (IFCCLGE) por *Miguel Ángel Núñez Paz* 335
- Notas sobre genoma humano y Derecho penal y comentarios a las XX Jornadas de Derecho y Genoma Humano, organizadas por la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Director Carlos M. Romeo Casabona, Bilbao 21 y 22 mayo 2013 por *Francisco Muñoz Conde*..... 337



UNIVERSIDAD
DE SALAMANCA



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
jferreolive@gmail.com

Comité Científico Internacional

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

Consejo de Redacción

Miguel Ángel Núñez Paz, Susana Barón Quintero y Víctor Macías Caro (Universidad de Huelva). Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha). Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura) Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda y Nieves Sanz Mulas (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Carmen Gómez Rivero y Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay).

Sistemas penales comparados

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Carlos Muñoz Pope (Panamá)
Alexis Couto de Brito (Brasil)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Roberto Madrigal Zamora (Costa Rica)	Bárbara Kunicka-Michalska (Polonia)
Elena Núñez Castaño (España)	R. Baris Erman (Turquía)
Angie A. Arce Acuña (Honduras)	Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Manuel Vidaurri Aréchiga (México)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

www.revistapenal.com

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 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: PMc Media

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.



El terrorismo al amparo de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010: concepto y elementos

Elena Núñez Castaño

Revista Penal, n.º 32. - Julio 2013

Ficha técnica

Autor: Elena Núñez Castaño

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

Sumario: I. Introducción: 1. Consideraciones previas; 2. Últimas reformas penales en materia de terrorismo; **II. Terrorismo: Concepto y elementos:** 1. Concepto jurídico de terrorismo; 2. El elemento estructural: las organizaciones y grupos terroristas: 2.1. Delimitaciones previas; 2.2. Concepto de organización y grupo terrorista: 2.2.1. La organización criminal; 2.2.2. El grupo criminal; 2.3. El “terrorismo individual”; 3. El elemento teleológico: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública: 3.1. Delimitaciones previas; 3.2. Las “finalidades” del terrorismo; 3.3. El terrorismo de Estado; **III. Conclusiones**

Abstract: The reform of the Criminal Code realized by the LO 5/2010, of June 22 it has affected in a substantial and direct way to the regulation of the terrorism and of the terrorist crimes (offenses). One of the main and most important innovations takes root in the incorporation of a concept of organizations and terrorist groups that it contains the elements that traditionally had been identified by the doctrine and the jurisprudence. On the other hand, the radical change that supposes going on from a national or sectorial terrorism to a religious, fundamentalist and global terrorism, it forces us to carry out an analysis of the essential notes of the same one in order to determine its adequacy or not to the concept and elements included in the Criminal code.

Key Words: Terrorism, overthrow constitutional legality, terrorist organizations, global terrorism, violence.

Resumen: La reforma del Código penal realizada por la LO 5/2010, de 22 de junio ha afectado de manera sustancial y directa a la regulación del terrorismo y de los delitos terroristas. Una de las principales y más importantes novedades radica en la incorporación de un concepto de organizaciones y grupos terroristas que contiene los elementos que tradicionalmente se habían identificado por la doctrina y la jurisprudencia. Por otro lado, el cambio radical que supone pasar de un terrorismo nacional o sectorial a un terrorismo religioso, fundamentalista y global, nos obliga a efectuar un análisis de las notas esenciales del mismo a fin de determinar su adecuación o no al concepto y elementos incluidos en el Código penal.

Palabras clave: Terrorismo, subversión orden constitucional, organizaciones terroristas, terrorismo global, violencia

Observaciones: El presente trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto de Investigación I+D+I DER2012/36890 del Ministerio de Economía y Competitividad titulado “COOPERACION JUDICIAL PENAL EN LA UNIÓN EUROPEA: INVESTIGACIÓN Y ENJUICIAMIENTO DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y ECONÓMICA”, de la Universidad de Sevilla.

Recepción del artículo: 01-04-2013

Evaluación favorable: 20-04-2013

I. INTRODUCCIÓN

1. Consideraciones previas

Los atentados terroristas que se produjeron el 11 de Septiembre de 2001, implicaron importantes consecuencias para la comunidad internacional, al tiempo que marcaban el cambio de siglo con una profunda transformación en el orden internacional, y anticipaban las nuevas formas de conflictos que se avecinaban en el presente siglo, esto es, una violencia colectiva propiciada por grupos fuertemente estructurados. Los hechos ocurridos en 11 de Marzo de 2004 en Madrid y el 7 de Julio de 2005 en Londres no hicieron sino confirmar ese convencimiento.

De este modo, los atentados terroristas se han convertido, hoy en día, en el foco de preocupación de la gran mayoría de los Estados, hasta el punto de que el *terrorismo* se ha puesto “de moda”¹, utilizándose este concepto para hacer referencia a diversos actos violentos que señalan o manifiestan distintas realidades que, en numerosas ocasiones, poco o nada tienen que ver con el fenómeno del terrorismo².

Lo cierto es que el término “*terrorismo*” se utiliza constantemente en los medios de comunicación de manera indiscriminada³, lo que lleva a la sociedad a

identificar atentados de masa en los que se producen enormes daños y/o asesinato de numerosas personas con atentados terroristas, aunque hayan sido cometidos por un sujeto individual que, incluso en el supuesto de que su ideología y propósitos, pudieran llegar a ser coincidentes con los de una determinada organización terrorista, nada tienen que ver con la estructura y finalidad de la misma⁴; y también comienza a identificarse con los crímenes cometidos por los gobernantes contra su población o parte de ella, con la resistencia armada legítima frente a una ocupación por parte de potencias extranjeras de su territorio, e incluso se extiende esta denominación a meros delitos comunes que, por diversas razones, pudieran afectar a la seguridad de la sociedad⁵.

De este caldo de cultivo en el que se entremezclan un sentimiento injustificado y desproporcionado de inseguridad, la percepción de cotidianidad de actos extremadamente graves y las ansias de venganza, el producto que surge es evidente: la exigencia social de una mayor seguridad frente o a costa de lo que sea, y “lo que sea” suele ser el ámbito de las libertades de las personas. La máxima parece responder a la idea de que “*en la guerra contra el terrorismo todo es válido, siempre que sea útil*”⁶. Hasta el punto de que cualquier ale-

1 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010, pág. 47 quien afirma que “*la clase política utiliza este concepto para hacer referencia a un sinnúmero de actos violentos y de fenómenos delictivos que acontecen todos los días, y la opinión pública y los medios de comunicación presentan como terroristas realidades muy diversas*”.

2 Así, señala GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (Direct.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, tomo II, 2004, pág. 2605, que nos encontramos en una etapa histórica en que, en términos políticos se tiende a la utilización extensiva y abusiva del concepto de terrorismo. O como pone de relieve CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, 2010, págs. 22 y 23, la clase política ha utilizado expresiones como “*terroristas domésticos*” para referirse a los maltratadores, “*ciberterroristas*” en relación con sujetos que pretenden causar daños informáticos, obtener información, etc., “*terroristas urbanísticos o medioambientales*” e, incluso, “*terroristas viales*”, haciendo referencia todos ellos a fenómenos más o menos violentos pero que, en ningún caso, constituyen actividades terroristas. En este mismo sentido, APARICIO DÍAZ, “*Asociaciones ilícitas terroristas*”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11-03, 2009, www.criminet.es, pág. 17, y MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid 1987, pg. 28, señalando que es necesario delimitar el concepto jurídico-penal del terrorismo que se emplee para “*definir realidades sociológicas, políticas y criminológicas de muy distinta entidad*”.

3 Así, LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 48 afirma que se refiere a hechos tan dispares como ataques del ejército israelí en localidades palestinas, el proceso de paz de ETA, la condena de De Juana Chaos por amenazas terroristas, el juicio del 11M, etc.

4 Es el caso ocurrido recientemente en Noruega, el 22 de Julio de 2011, cuando un sujeto de ideología de extrema derecha provocó la muerte de 77 personas mediante una bomba que explotó en el centro de Oslo y un tiroteo en la Isla de Utoya donde había un campamento juvenil del Partido Laborista. Fue condenado por delitos de terrorismo a una pena de 21 años prorrogables aunque no actuara en el seno de ninguna organización terrorista. Por el contrario, considero que este tipo de supuestos debe remitirse a los delitos comunes y ser juzgados con arreglo a ello por la justicia ordinaria, en este sentido, MUÑOZ CONDE, “*El derecho de guerra contra el terrorismo. El Derecho de la guerra, el Derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del Derecho penal interno (“Derecho penal del enemigo”)*”, en *Revista penal*, n.º 29, Enero de 2012, pág. 117.

5 A este respecto, LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 48 y 49 pone diversos ejemplos en los que se han subsumido delitos comunes de incendios, daños y desórdenes públicos entre los delitos de terrorismo, como es el caso de la Oficina Federal alemana de Lucha contra el crimen (*Bundeskriminalamt*) que ha calificado como terrorista al *Militante Gruppe (MG)* que, hasta el momento, sólo ha provocado incendios que no han puesto en peligro la vida de las personas; o la Fiscalía Griega de Terrorismo y Crimen Organiza-

gación contraria, crítica o discrepante respecto de las medidas adoptadas es considerada como una traición a la sociedad y al Estado y un apoyo a los terroristas⁷.

Esta misma tendencia se había observado en nuestro país décadas antes del 11 de Septiembre de 2001, aunque con mucha menor intensidad, derivada de la coexistencia diaria con el terrorismo, fundamentalmente de signo nacionalista, que actuaba en territorio español reclamando la independencia del País Vasco, de la mano de la organización terrorista ETA. Sin embargo, tras el atentado del 11 de Marzo de 2004 en Madrid, a este terrorismo de carácter sectorial o nacionalista, se le ha unido un terrorismo de carácter global que conlleva “una violencia sin límites practicada por fundamentalistas islámicos que amenaza el mantenimiento de la seguridad mundial”⁸. A este respecto, afirmaba ASUA BATARRITA que “la dramática persistencia del terrorismo etarra, pone a prueba la capacidad de conjugar la profunda indignación que suscita, con la necesaria serenidad que el Derecho penal puede ofrecer”⁹. A mi juicio, esta afirmación pone de manifiesto la innegable tensión que existe en este tema. Tensión que, en mu-

chos casos, lleva a un intento de dar soluciones fáciles y rápidas y, en la mayor parte de los supuestos, de dudosa legalidad.

Ahora bien, es preciso reconocer la existencia de cierta base de fundamento en ese clamor social que reclama la obtención de seguridad aun a costa de renunciar a determinadas libertades. Efectivamente, años atrás las actividades terroristas tenían objetivos claramente delimitados y, rara vez, se producían víctimas fuera de determinados sectores de la población. Sin embargo, en la última década, esos límites se han difuminado y el círculo de personas se ha ampliado de forma indiscriminada, al tiempo que junto al hoy día afortunadamente desaparecido terrorismo nacionalista o sectorial, se incorpora un nuevo fenómeno, el *terrorismo global*, de signo claramente islamista o fundamentalista. En ese momento, toda la población mundial pasa a convertirse en potencial objetivo al ser considerados enemigos todos aquellos que no compartan sus convicciones ideológicas, generalmente de naturaleza religiosa¹⁰. Lógicamente, la situación de terror que esto provoca, conduce a exigencias y peticiones de la socie-

do que ordenó una investigación para determinar si los incendios que asolaron Grecia en Agosto de 2007 podrían considerarse actos de terrorismo. De modo similar, la Fiscalía chilena imputó a 14 personas anarquistas, antisistema y ex militantes del Mapu-Lautaro a quienes se les atribuían una serie de “bombazos” desde 2005, por delitos de asociación terrorista, colocación de artefactos y explosivos terroristas y financiación del terrorismo, aunque las acciones ni buscaban ni produjeron víctimas, sino algunos daños patrimoniales. El 13 de Julio de 2012 se emitió una sentencia absolutoria. Igualmente los Tribunales españoles han calificado determinadas acciones de desórdenes públicos como terrorismo por su mera virtualidad de alterar la seguridad en las calles. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012, condena a un sujeto que confeccionó un artefacto incendiario (compuesto por una bombona de gas recargable, una botella de plástico y tres petardos), y lo dejó en el interior de una mochila ante una oficina bancaria sin que llegara a explotar, como autor de un delito de tenencia de explosivos de carácter terrorista a la pena de cuatro años de prisión sobre la base del peligro que suponía para la seguridad pública; en el mismo sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de noviembre, 26 de julio y 20 de mayo de 2011, entre otras. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2011, que condena un supuesto de “lucha callejera” como delito de terrorismo.

6 Así, la *USA Patriot Act*, promulgada el 26 de Noviembre de 2011, tras los atentados del 11S amplía la capacidad de control del Estado en aras de combatir el terrorismo, con una grave restricción de libertades y garantías constitucionales. Su fundamento radicaba en que el pueblo norteamericano debía elegir entre su seguridad y sus derechos constitucionales. Sin embargo, estas restricciones no afectaban sólo a su territorio o ciudadanos sino que se contempla la posibilidad de invasión de países por el ejército en el caso de sospecha de actividades terroristas (invasión de Irak), creación de Tribunales y comisiones militares con competencia para juzgar a civiles, o la posibilidad de retener indefinidamente sin imputación formal a los sospechosos en prisiones o campos de detención militar (Guantánamo). Un análisis más detenido de la misma puede consultarse en BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, Granada 2007, págs. 212-217.

7 John Ashcroft, Fiscal General de Estados Unidos entre 2001 y 2005 llegó a afirmar: “este es mi mensaje para todos aquellos que aterrizan a las gentes pacíficas con el fantasma de las libertades perdidas: vuestra táctica sólo ayuda a los terroristas, porque deteriora la unidad nacional y limita nuestra capacidad de tomar decisiones”, cfrs. RORTY, “Fundamentalismo: enemigo a la vista”, *El País*, de 29 de marzo de 2004, pág. 11, citado por LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*.

8 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 33.

9 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre, Sala Penal del Tribunal Supremo”, en *La Ley* 1998, D-158., pág. 1644.

10 Efectivamente, la amenaza del terrorismo global representado esencialmente por Al Qaeda tiene características radicalmente diferentes de las del conocido terrorismo nacionalista que en nuestro país se encontraba representado fundamentalmente por la organización terrorista ETA. Así, ese terrorismo global se trata de una modalidad de actuación de especial poder propagandístico, ya que aporta el rol de mártir, ambicionado por los fundamentalismos religiosos. De este modo, se trata de terroristas suicidas de orientación religiosa, organizados en pequeños grupos de acción autónomos, pero con conexiones transnacionales, que prescindiendo de un sistema de jerarquía

dad que implican la renuncia a importantes derechos fundamentales, siempre que a cambio de ello se les otorgue seguridad¹¹.

Así, como señala BRANDARIZ GARCÍA¹², “la caracterización de la sociedad actual como sociedad del miedo o de la inseguridad sentida, genera consecuencias de amplio alcance en múltiples ámbitos de la realidad social (...) uno de los ámbitos prioritarios, casi resulta una obviedad decirlo, es el del control social formal”. Ello conlleva, que la estrategia que se siga en este ámbito determine la potencial reducción de la inseguridad¹³, para ello se abandona “la pretensión normalizadora de los sujetos, se desatiende las causas personales o sociales de su comportamiento y se renuncia a las medidas de tratamiento”¹⁴. La prioridad esencial es la gestión del riesgo, de manera que afecte lo menos posible a la sociedad, y para ello, se recurre a la neutralización de la peligrosidad en determinados sectores, pretendiendo con ello reducir esa inseguridad.

Sin embargo, aunque la indignación y el miedo de la sociedad y la consiguiente e inmediata petición por la “opinión pública” de que se adopten medidas extremas, pueda llegar a resultar comprensible desde el prisma de la repulsa y el terror que ocasionan este tipo de comportamientos, lo que, bajo ningún concepto está justificado en un Estado de Derecho como, al menos formalmente, es el nuestro, es que los poderes públicos actúen del mismo modo visceral e irreflexivo, produciendo con ello un menoscabo de los derechos y garantía de los ciudadanos. O en palabras de MIR PUIG¹⁵ “la fórmula ‘Estado Democrático de Derecho’ no es meramente formal, esto es, no alude al simple proceso de aprobación de las leyes

por mayoría con independencia de lo que establezcan, sino también material: hace referencia a un modelo de Estado que impone unos límites a su potestad punitiva, siguiendo un modelo de gobierno basado en unos principio-garantísticos-legitimadores del IUS PUNIENDI (...) Un Estado democrático tiene que llenar el Derecho penal de un contenido respetuoso de una imagen del ciudadano como dotado de una serie de derechos derivados de su dignidad humana, de la igualdad (real) de los hombres y de su facultad de participación en la vida social”. Y ello pasa por no subordinar ningún derecho a la prevalencia de otro derecho, por muy graves que sean las conductas que se pretendan atajar. Sobre todo, porque esa subordinación contribuye de manera innegable a lo que “pudiera llamarse Derecho penal del odio que rebasa no sólo los límites constitucionales sino los que se derivan de la idea de justicia en el medidas en que se distingue de la venganza”¹⁶.

Ahora bien, es preciso reconocer con CANCIO MELIÁ¹⁷ 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 terrorismo¹⁸.

vertical (como en el caso del terrorismo de signo nacionalista), se configuran como una especie de *red* (Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2006), y cuya finalidad no se centra, o al menos no exclusivamente, en subvertir el orden constitucional y alteración de la paz pública, sino en una lucha contra el infiel que se configura como una especie de *guerra santa*. En este punto la medidas y planteamientos preventivos que, a pesar de su cuestionabilidad, podrían llegar a ser “útiles” en la lucha contra el terrorismo tradicional, fracasan por completo en este nuevo ámbito, cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 59 y ss.

11 Ahora bien, hay que señalar que este sentimiento y clamor social que lleva a renunciar a ámbitos de libertad, siempre que a cambio se otorgue seguridad, no surgió *ex novo* a raíz de los acontecimientos del 11 de septiembre, del 11 de Marzo o del 7 de Julio respectivamente. Por el contrario, los atentados ocurridos en esas fechas, sin negar su importancia, no son del todo determinantes de la situación descrita que ya había sido puesta de manifiesto anteriormente a dichos sucesos por HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Valencia 1999 (trad. Muñoz Conde y Díaz Pita).

12 Cfrs. BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, cit., pág. 80.

13 Así, ya se ha renunciado a la idea de “eliminar” la delincuencia para pasar a la de “gestionar” la delincuencia del modo más efectivo posible, cfrs. BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, cit., págs. 80 y ss.

14 Cfrs. BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, cit., pág. 86.

15 Cfrs. MIR PUIG, *Derecho Penal parte General*, 7.ª ed., Barcelona 2004, págs. 130-131.

16 Cfrs. VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Derecho penal Parte Especial*, 2.º ed. 2008, pág. 722.

17 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 17.

18 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 más recientemente, en Septiembre

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 *legitimidad 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 BATARRITA¹⁹ 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 democracia²⁰. 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 excepcionalidades y restricciones de las garantías, que puede llegar a dañar y a destruir el fundamento mismo del Estado de Derecho²¹, e, incluso, 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 garantías²².

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 garan-

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 preparación por parte del Gobierno de una nueva serie de reformas del Código penal, entre las que incluye 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 actual.

19 Cfrs. 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 DÍEZ, *Derecho penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión*, cit., págs. 246-247.

20 En el mismo sentido, LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., págs. 39-41; IGNATIEF, “El mal menor”, Madrid 2005, pág. 91 indica que “*en la guerra contra el terror, el único que puede derrotar a la democracia es ella misma*”.

21 Cfrs. PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, 2007, www.iustel.com, pág. 2. En el mismo sentido, RIDAO, “Crecer a la sombra del enemigo”, *El País*, de 2 de junio de 2003, pág. 13, citado por LLOBET 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., pág. 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*”.

22 Así, señala CANCIO MELIÁ, “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (coord.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra 2008, págs. 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.º Lidón*, Echano Basaldua (coord.), 2002, pág. 47 afirma que “*la anatémización 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*”.

tías que lo fundamentan. En palabras de MIR PUIG²³ “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 terrorismo. Ello sólo puede conseguirse respetando los límites consustanciales a un Derecho penal legítimo”. O como señala TERRADILLOS BASOCO²⁴, “el primer objetivo de una estrategia anti-terroristas 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”²⁵.

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 ciudadanos²⁶.

¿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 constituirnos en un Estado de Derecho”²⁷.

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 ciudadanos²⁸; 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

23 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, págs. 349 y ss.

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

25 En sentido similar, afirma GONZÁLEZ CUSSAC, “Derecho penal frente al terrorismo”, cit., pág. 88 que “la democracia sólo puede defenderse con la democracia”; LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 41 señala que “un sistema democrático sólo puede mantenerse respetando el equilibrio entre libertad y seguridad”.

26 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 BRANDARIZ GARCÍA, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordable de la política criminal”, *Revista gallega de seguridad pública*, Segunda época, N.º 9, (2006), pág. 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*, 2.ª ed., Madrid 2001, págs. 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. pág. 39 y nota 67; DÍEZ RIPOLLÉS, “De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana”, cit., pág. 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, pág. 320.

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

28 A este tipo de tendencias se refiere DÍEZ RIPOLLÉS, “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en *Actualidad Penal*, n.º 1, 1-7, enero 2001, pág. 17 que las denomina *leyes identificativas*.

necesidad. Como afirma LAMARCA PÉREZ²⁹, 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-ZABALZA³⁰ 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".

Sin embargo, 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 terrorismo³¹. 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 CONDE³² "en un Estado de Derecho ni frente al terrorista ni frente a ningún otro tipo de delincuencia es admisible un llamado 'Derecho penal del enemigo', entendiendo por tal un Derecho penal que criminaliza meras expresiones de ideas, por reprochables que parezcan, o conductas muy alejadas de la puesta en peligro de bienes jurídicos; que impone penas desproporcionadas o contrarias al principio de humanidad y que, en última instancia, limita o elimina derechos y garantías del imputado en el proceso penal".

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 política³³.

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"³⁴. Es decir, ante la

29 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, "Análisis del Proyecto de reforma en materia de terrorismo", cit., pág. 102.

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

31 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, pág. 1.

32 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 18.ª ed., Valencia 2010, págs. 917-918.

33 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, pág. 59. En la misma línea, señala LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 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?".

34 Cfrs. GARCÍA ALBERO, "La reforma de los delitos de terrorismo", en *La reforma penal de 2010: análisis y comentario*, Quintero Olivares (direct.), 2010, pág. 371.

desmesurada expansión producida por las distintas reformas en materia de terrorismo, tiene razón GARCÍA ALBERO³⁵ 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 religioso³⁶, 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 fe³⁷. Consecuentemente, las acciones violentas se convierten en la exigencia de luchar (*Yihad*) contra los no creyentes³⁸, de tal manera que el Corán se transfor-

35 Cfrs. GARCÍA ALBERO, *ibidem*.

36 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-Í-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), con acciones realizadas en series 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*.

37 Así, Bin Laden, en su proclama de 23 de Agosto de 1996 manifestó lo 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.

38 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

ma 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*³⁹. 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 “inocuidación”; 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)⁴⁰, 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.

2. Últimas reformas penales en materia de terrorismo

El terrorismo ha sido una de las materias que ha sufrido mayores modificaciones en nuestra legislación; desde su regulación en leyes especiales hasta su incorporación al Código penal fue objeto de numerosas y sustanciales reformas⁴¹. Pero no terminó ahí el afán reformador de nuestro legislador en esta materia (y en otras muchas), sino que desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 que, inicialmente, fue concebido como el “*Código penal de la democracia*” para dar solución a todos los nuevos conflictos jurídico penales surgidos, desde el respeto de los principios básicos de un Estado de Derecho, han sido numerosísimas las reformas que este texto ha sufrido. De hecho, ostenta el, en mi opinión, nada loable record de haber sido el más modificado en el menor lapso de tiempo, y la

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.

39 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*”.

40 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.

41 Así, desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 podemos citar, entre las más relevantes, la Ley 82/1978 de 28 de diciembre, de modificación del Código penal en materia de terrorismo; el Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de Protección de la Seguridad Ciudadana; la L.O. 9/1980, de 6 de Noviembre, sobre modificaciones del Código penal y de Justicia militar; la L.O. 11/1980, de 1 de diciembre de desarrollo de los supuestos previstos en el art. 55.2.º de la Constitución; la L.O. 2/1981, de 4 de mayo, de reforma del Código penal y de justicia militar en materia de rebelión y terrorismo que introduce los delitos de terrorismo en el Código penal; la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución, que deroga los preceptos del Código penal relativos al terrorismo, y configura los delitos de terrorismo como legislación especial; la L.O. 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal, que volvió a incluir estas conductas en el Código penal, situación que se ha mantenido también tras la entrada en vigor del Código penal de 1995.

tendencia reformadora aún no ha acabado⁴². Ello nos obliga a plantearnos una importante diatriba: o muy defectuosa fue su redacción inicial o algo está ocurriendo en la sociedad y en los poderes públicos que acelera la “¿necesidad?” de reforma de un texto que responde a una realidad tan reciente. La primera de las opciones no me parece aceptable ni defendible, por el contrario, entiendo con CANCIO MELIÁ⁴³ que se está produciendo “un marco general en el que una legislación puramente simbólica y diversos impulsos punitivistas se potencian mutuamente cada vez con mayor intensidad, desembocando en una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho penal”. En otras palabras, se está recurriendo al Derecho penal y a la intensificación de su reacción como respuesta a todos los conflictos sociales, y se aboga por una tolerancia cero respecto de determinado tipo de comportamientos, que raya en los límites de la constitucionalidad.

En mi opinión, una de las principales escaladas en la tendencia punitiva e intensificadora de lo que se ha dado en denominar “entorno terrorista”, se pone de relieve en otra de las reformas realizadas en esta materia, la LO 6/2002, de Partidos Políticos. Efectivamente, ante la incapacidad de las instituciones del Estado de demostrar judicialmente la vinculación de determinados partidos políticos y asociaciones con organizaciones o grupos terroristas, esencialmente con ETA, y dado que no se les podía atribuir ninguno de los supuestos previstos para declararlos asociaciones ilícitas, utiliza nuevamente el recurso a la reforma legal para tratar de hacerles frente. Este es el sentido que se reconoce en la Exposición de Motivos de la citada Ley, cuando afirma que “...*El objetivo es garantizar el funcionamiento del sistema democrático y las libertades esenciales de los ciudadanos, impidiendo que un partido político pueda, de forma reiterada y grave, atentar contra ese régimen democrático de libertades, justificar el racismo y la xenofobia o apoyar políticamente la violencia y las actividades de bandas terroristas. Especialmente si se tiene en cuenta que, por razón de la actividad del terrorismo, resulta indispensable identificar y diferenciar con toda nitidez aquellas organizaciones que defienden y promueven sus*

ideas y programas, cualesquiera que éstas sean, incluso aquellas que pretenden revisar el propio marco institucional, con un respeto escrupuloso de los métodos y principios democráticos, de aquellas otras que sustentan su acción política en la connivencia con la violencia, el terror, la discriminación, la exclusión y la violación de los derechos y de las libertades. A estos efectos, se establece un procedimiento judicial de ilegalización de un partido por dar un apoyo político real y efectivo a la violencia o el terrorismo, que es distinto del que se prevé en el Código Penal para disolver las asociaciones ilícitas por las causas previstas en sus artículos 515 y 520”.

Para ello, se incorpora en su articulado, concretamente en su art. 9. 2 y 3, una serie de supuestos que permitirían la ilegalización de un partido político al margen de los cauces previamente establecidos en el Código penal, y que respondían al respeto de los principios y garantías constitucionales. Así, en el número 3 del art. 9 de la Ley de Partidos Políticos, se establece que concurrirán las conductas exigidas para proceder a su ilegalización, y concretamente, en el apartado a) se incluye: “*dar apoyo político expreso o tácito al terrorismo, legitimando las acciones terroristas para la consecución de fines políticos al margen de los cauces pacíficos y democráticos, o exculpando y minimizando su significado y la violación de derechos fundamentales que comporta.*”

Si ya resulta difícilmente entendible que el dar apoyo expreso como manifestación pública, en términos de elogio o exaltación, de un apoyo o solidaridad moral o ideológica con determinadas actividades delictivas o sus autores, en definitiva, expresar una *opinión*, pueda ser constitutivo de causa bastante para proceder a la ilegalización de un partido político, es absolutamente inadmisible que el apoyo *tácito* a esos comportamientos lo ocasione igualmente. ¿Qué es apoyo tácito? ¿Callar ante la realización de actos terroristas? ¿No condenar expresamente los mismos? En mi opinión, el despropósito jurídico es de dimensiones épicas, y ha permitido la ilegalización desde 2003 de varios partidos políticos y de centenares de candidaturas a elecciones, sobre la base de lo regulado en la mencionada ley⁴⁴. Sobre todo, porque desde la ambigüedad e imprecisión de los

42 Efectivamente, la Ley Orgánica 5/2010, de 2 de Junio, de reforma del Código penal, modificó 150 artículos de este texto legal, con una profunda reestructuración y transformación de los delitos de terrorismo y de criminalidad organizada. A pesar de ello, y que apenas han transcurrido dos años desde esa reforma, el Gobierno del Partido Popular, ha presentado un nuevo Anteproyecto de reforma en Octubre de 2012 que ha sido enviado al Consejo General del Poder Judicial para su informe, afectando nuevamente a un número similar de preceptos.

43 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, en *Revista electrónica del Instituto latino americano de Estudios en ciencias penales y criminológicas*, 006-01 (2011), pág. 1, www.ilecip.org.

44 Así, el 28 de marzo de 2003, el Tribunal Supremo notificó la ilegalización del Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna alegando que apoyaban a la banda terrorista ETA, dado que no habían rechazado expresamente la violencia como forma de hacer política.

términos recogidos en esta Ley, se pueden emprender procesos de ilegalización de partidos políticos que discrepan de leyes, principios o, incluso, del modelo constitucional establecido, pero que no han recurrido para ello a la violencia o al terror⁴⁵.

Las sucesivas reformas penales que se han ido produciendo, caminan en la misma línea de intensificación de la respuesta penal y propuestas securitarias. Así, por ejemplo, se producen supuestos de penas *draconianas* y *claramente desproporcionadas*, en el ámbito del terrorismo donde se pueden alcanzar penas de hasta 30 años de prisión por la realización de un único hecho delictivo, o el aumento del límite máximo de duración de la pena privativa de libertad en el caso de concurso de delitos hasta los 40 años, que en la práctica va a implicar que nos encontremos ante un supuesto solapado de “*prisión perpetua*”⁴⁶, sobre todo unido a la imposibilidad o dificultad extrema de determinados colectivos de delinquentes de acceder al tercer grado y a la libertad condicional, como ocurre en el caso del terrorismo.

El último bastión de la reforma penal en materia de terrorismo lo constituye la LO 5/2010, de 22 de

junio, de reforma del Código penal, y que constituye una auténtica revolución respecto a los delitos de terrorismo, pensados esencialmente para el terrorismo interno o nacional, a fin de que pudieran hacer frente al fenómeno del terrorismo internacional que contiene importantes diferencias en su estructura organizativa, capacidad operativa y alcance geográfico⁴⁷. La reforma realizada obedece, principalmente, al intento del legislador español de cumplir los mandatos procedentes de la Unión Europea, concretamente de la Decisión Marco 2008/919/JAI, de 28 de Noviembre, que modifica los arts. 3 y 4 de la Decisión Marco 2004/475/JAI, de 13 de Junio sobre lucha contra el terrorismo, en el sentido de extender las conductas punitivas a fenómenos terroristas poco atendidos hasta el momento: la provocación a la comisión de delitos de terrorismo, el reclutamiento de terroristas y el adiestramiento de terroristas⁴⁸.

Esta reforma, según el Preámbulo de la LO 5/2010 supone una “*profunda reordenación y modificación del tratamiento penal de las conductas terroristas*”, pudiendo destacarse tres ámbitos fundamentales⁴⁹:

Posteriormente, y por su presunta vinculación con Batasuna, en 2008 fueron ilegalizados Acción Nacionalista Vasca y el Partido Comunista de las Tierras Vascas, junto con centenares de candidaturas. Más recientemente, el 23 de Marzo de 2011, la Sala Especial del Tribunal Supremo, denegó la inscripción de Sortu en el Registro de Partidos Políticos por considerarlo sucesor de Batasuna y no desvinculado de la organización terrorista ETA, aunque posteriormente fue legalizado por el Tribunal Constitucional el 20 de Junio de 2012 (por un solo voto de diferencia) al considerar que el Tribunal Supremo había vulnerado el derecho de asociación de los integrantes de Sortu. Siguiendo en la misma línea, el 1 de Mayo de 2011, el Tribunal Supremo declaró ilegales las listas electorales que presentaba Bildu, decisión que nuevamente fue revocada por el Tribunal Constitucional el 6 de mayo de 2011.

45 Esta misma preocupación ya fue puesta de relieve en el informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los *derechos humanos* y las libertades fundamentales en la lucha contra el *terrorismo* del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 16 de diciembre del 2008 donde muestra su preocupación al considerar que “*la amplitud de la formulación de las disposiciones de la Ley de partidos políticos, por ejemplo el apartado c) del párrafo 2 del artículo 9, en el que se prohíbe “complementar y apoyar políticamente la acción de organizaciones terroristas para la consecución de sus fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, tratando de someter a un clima de terror a los poderes públicos, a determinadas personas o grupos de la sociedad o a la población en general”, podrían interpretarse en el sentido de incluir a todo partido político que, por medios políticos pacíficos, trate de alcanzar objetivos políticos similares a los que persiguen los grupos terroristas y pide que se adapte[n] las expresiones vagas que aparecen en la Ley orgánica de partidos políticos a los principios internacionales relativos a la limitación de la libertad de expresión, a fin de evitar el riesgo de que se apliquen a partidos políticos que, aunque compartan la orientación política de una organización terrorista, no apoyan el empleo de medios violentos*”. También pide que se introduzcan mecanismos jurisdiccionales que ofrezcan las garantías procesales más rigurosas a los destinatarios de decisiones judiciales encaminadas a excluir de la participación en las elecciones a determinados candidatos por considerarlos vinculados a partidos políticos ilegalizados por sus conexiones con una organización terrorista. Ello reviste especial importancia cuando se trata de agrupaciones que se han creado con el único fin de presentarse a las elecciones y de cuyas actuaciones anteriores, en consecuencia, no se tiene prueba alguna.

46 En este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *Diario El País*, 15 de Enero de 2003; MAQUEDA ABREU, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, n.º 47, Julio 2003, pág. 9, nota 33; FARALDO CABANA, “Un Derecho penal de enemigos para los integrantes de organizaciones criminales”, cit., pág. 318.

47 Cfrs. CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, cit., pág. 222.

48 Así, la “*provocación*” se centraba en dos verbos nucleares: *distribuir* o *difundir* mensajes encaminados a inducir la comisión de cualesquiera de los delitos de terrorismo; la “*captación*” se refiere al reclutamiento de potenciales efectivos terroristas, esto es, la petición que un sujeto dirige a otra persona para que cometa cualquier de los delitos descritos; y el “*adiestramiento*” se refiere a actividades directamente relacionadas con los delitos de terrorismo dirigidas a la formación de futuros activistas. Cfrs., CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, cit., págs. 4 y 5.

49 CANCIO MELIÁ, “Delitos de terrorismo”, cit., págs. 520 y 521.

a. *reubicación* de algunas infracciones, al eliminar el tratamiento de la organización terrorista de los delitos de asociación ilícita (arts. 515 y 516 del Código penal), lo que provoca la modificación y reubicación de los comportamientos típicos. Así, la pertenencia a organizaciones terroristas pasa a incluirse en el art. 571 del Código penal, dentro del Capítulo VII dedicado a las “Organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. Este Capítulo, que a su vez se divide en dos Secciones, dedica la primera de ellas a las conductas de constitución de organizaciones terroristas, esto es, lo que un sector doctrinal⁵⁰ ha dado en denominar “delitos de organización”, sólo que expresamente referidos a actividades terroristas. Mientras que en la Sección 2ª se tipifican los delitos instrumentales de terrorismo. Según un sector doctrinal, el cambio sistemático realizado por el legislador es muy acertado, al permitir tratar de manera unitaria todas las conductas relacionadas con el terrorismo, tanto las de organización y constitución, como las instrumentales⁵¹. No comparto este planteamiento dado que, en mi opinión, como expondré más adelante constituye una nueva manifestación de la legislación excepcional.

b. *Modificaciones puntuales*: se modifica la regulación de las conductas de pertenencia a la organización terrorista (art. 571.1 y 2), y se introduce una definición de organización y grupo terrorista, eliminando la refe-

rencia a *banda armada* (art. 571.3). De este modo, en el nuevo art. 571 se contiene una interpretación auténtica de lo que debe considerarse organización y grupo terrorista, donde se distingue penológicamente entre la *pertenencia cualificada*, que hace referencia no sólo a directores y promotores, sino a quienes constituyen u organizan⁵², y la *simple pertenencia*. Aquí radica una de las principales novedades en esta materia, al distinguir en los supuestos de simple pertenencia entre quienes *participan activamente*, y quienes simplemente *forman parte* de ella (apartado 2.º del art. 571 del Código penal). Ello nos acerca inevitablemente a la inclusión como conductas terroristas de hipotéticos supuestos de *militancia pasiva*, lo que conlleva el riesgo de anticipar desmesuradamente la barrera de intervención del Derecho penal, dando paso al castigo de conductas que en modo alguno tienen capacidad lesiva para poner en potencial peligro el bien jurídico protegido, como pueden ser los supuestos de adhesión ideológica con la organización⁵³, vulnerando con ello los principios básicos del Derecho penal en un Estado de Derecho⁵⁴. En mi opinión, para poder considerar a alguien como integrante de una organización terrorista, es preciso que se preste algún tipo de soporte material o logístico, que se realicen conductas que contribuyen a las actividades delictivas de la organización terrorista⁵⁵.

50 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit.

51 En el mismo sentido, cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 917. Sin embargo, CANCIO MELIÁ afirma que “en la reciente reforma hecha en el Código penal español a través de la Ley Orgánica 5/2010, el legislador debía introducir una nueva tipificación de los delitos relacionados con la criminalidad organizada común, y dejar como estaba —ya que no era viable políticamente ningún recorte que es lo que hubiera sido necesario— el Derecho penal antiterrorista. Lo que ha sucedido es que se ha incriminado ahora una nueva batería de delitos de organización comunes, y se han reformado con intensidad los delitos de terrorismo. El resultado es en ambos sectores posiblemente el peor que se podía imaginar”, cfrs. “Delitos de organización”, cit., pág. 5.

52 Como señala GARCÍA ALBERTO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., págs. 371-372, esta nueva descripción conlleva una ampliación del concepto de pertenencia cualificada a organización terrorista, al abarcar supuestos que no son los que dirigen o promueven este tipo de actividades, tal como existía en la anterior regulación.

53 Cfrs. GARCÍA ALBERTO, *ibidem*.

54 En relación con la anterior regulación, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 (caso Ekin) afirma que “integrante, a efectos del art. 516, equivale a participe activo que es la pertenencia mínimamente exigible para ser castigada por el resto de modalidades de asociación ilícita”. Sin embargo, resulta obvio que tras la reforma efectuada por la LO 5/2010, tal interpretación ya no resulta posible.

55 Es cierto que con anterioridad a la reforma ya se había planteado esta cuestión, se sostenía que pertenecer a una organización criminal o terrorista debía significar algo más que estar de acuerdo con los postulados del grupo armado, esto es, abrazar su ideario, cfrs. CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, cit., pág. 9. Así, afirma claramente MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 919, que “la equiparación que hace la reforma de 2010 entre participación activa y mero formar parte resulta criticable, pues si dicha equiparación se interpreta en el sentido de que la mera integración o participación pasiva cumple con el tipo contenido en el art. 571 se estaría dando lugar a un Derecho penal de autor o a la penalización de una mera actitud ideológica”. En relación con este problema, LLOBET ANGLI, “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, en *El nuevo Código penal, Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Madrid 2012, págs. 703-705, afirma que con esta redacción el precepto resultaría inconstitucional, y la única forma de salvar su inconstitucionalidad es interpretar que se excluye de su ámbito de aplicación la mera adhesión ideológica.

Por otro lado se amplía el ámbito de conductas típicas del delito de colaboración con organización terrorista, incluyendo nuevos comportamientos como *captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación* (art. 576.3); se incluye un nuevo delito de *financiación del terrorismo*, que puede cometerse tanto de forma dolosa como imprudente, y puede ser realizado por personas jurídicas (art. 576 bis); se tipifica una nueva figura de *propaganda*, consistente en la difusión pública de mensajes y consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la comisión de actos terroristas (art. 579, 1 II). Todas estas incorporaciones se derivan, esencialmente de los mandatos procedentes de la Unión Europea, y suelen responder a trasposiciones automáticas de los mismos, sin detenerse a considerar si efectivamente son necesarias y compatibles con la regulación contenida en nuestro Ordenamiento jurídico. Como veremos posteriormente, la inclusión de estos nuevos comportamientos típicos y la ampliación de los ya existentes va a ocasionar serios problemas de aplicación al solaparse los ámbitos de aplicación de las distintas figuras delictivas.

c. *introducción de nuevas consecuencias jurídicas* para los delitos de terrorismo, como es la libertad vigilada, al tiempo que se establecen supuestos de imprescriptibilidad en esta materia.

La importante reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, en relación con la estructura de los delitos de terrorismo, que se configuran como una subespecie de criminalidad organizada, de lo que se ha dado en denominar delitos de organización, cuya característica diferenciadora radica en la constatación de una concreta finalidad o elemento teológico, convierte en esencial la delimitación del fenómeno al que nos estamos refiriendo (terrorismo), así como los elementos que esencialmente configuran el mismo.

II. TERRORISMO: CONCEPTO Y ELEMENTOS

1. El concepto jurídico de terrorismo

Como ya hemos puesto de relieve, el terrorismo es, hoy día y desde hace unas décadas, un fenómeno cotidiano y omnipresente en nuestro país; es decir, como afirma TERRADILLOS BASOCO⁵⁶ *“el terrorismo no es un fenómeno coyuntural, sino una forma de criminalidad incardinada en la cotidianeidad y concebida por el poder como un elemento patológicamente estructural, al que no conviene hacer frente con elementos transitorios”*. Aunque se hace preciso señalar que en los últimos tiempos, desde la declaración por parte de ETA en Octubre del 2011 del cese definitivo de la lucha armada, la preocupación por este fenómeno ha ido decayendo, con excepción, quizás, de la que se refiere al terrorismo islamista⁵⁷, al tiempo que se provoca un decreciente interés por el estudio jurídico penal de las figuras de terrorismo por causas de diversa índole: *técnicas*, dado que se trata de un sector al borde-o más allá— de lo constitucionalmente legítimo, *políticas*, por la innegable incomodidad que genera su tratamiento jurídico, y *psicológicas*, al existir una evidente sensación de hastío y desánimo frente a una regulación que parece no tener arreglo, gobierne quien gobierne⁵⁸.

Y es, precisamente, esta cotidianeidad, esta presencia diaria en nuestras vidas, lo que ha provocado un acuerdo en los distintos sectores sociales acerca de cuál sea la esencia del terrorismo, entendiendo que es la *“siembra del terror para el logro de determinados fines políticos”*⁵⁹. Pero, a pesar de este consenso social en aceptar su esencia, carecemos de un concepto jurídico de terrorismo, de una definición formal del mismo, que, unánimemente aceptada sirva para delimitar y enfocar la problemática de este fenómeno, ni en el ordenamiento interno ni en el ámbito internacional⁶⁰.

56 Cfrs. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, cit., pág. 13.

57 Efectivamente, en el Barómetro del CIS, la preocupación de la sociedad española por el terrorismo ha ido decayendo de manera notoria en la última década. De este modo, en Septiembre de 2002 era un tema que preocupaba a un 64% de la población, siendo el primero de los problemas; mientras que en Septiembre de 2012 se encuentra en el 1,1%. El terrorismo ha pasado, por tanto, a ser un problema secundario en nuestra sociedad, con las excepción de determinados momentos que coincidían con la realización de atentados terroristas, así por ejemplo en Marzo de 2004, tras los atentados del 11M se sitúa en un 73,4%, en Enero de 2007, tras años de descenso, remonta hasta el 45,3% después del atentado en el aeropuerto de Barajas en Diciembre de 2006.

58 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 7.

59 Cfrs. MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *Actualidad penal*, n.º 48, 2000, pág. 1009.

60 Cfrs. ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid 2000, pág. 47; DÍAZ BARRADO, “El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo”, en *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006, págs. 56-57; GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo”, en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 3, 2008, págs. 37 y ss.

Las razones de esta ausencia pueden ser varias: la utilización habitual de esta expresión en el ámbito de las discusiones políticas o de los análisis sociológicos, la ausencia de un soporte legislativo uniforme y homogéneo, la diversidad en la manifestación de las actividades terroristas, la fuerte carga de emotividad o política que comporta, etc.⁶¹. Todos estos motivos complican la posibilidad de otorgar una definición de terrorismo; y las dificultades, vacilaciones y dudas no sólo afectan a uno o varios aspectos secundarios de este fenómeno, sino a lo que tradicionalmente se ha dado en denominar la esencia o naturaleza jurídica de la institución⁶². De hecho, el término es utilizado indistintamente por los grupos más heterogéneos a fin de deslegitimar o criminalizar al opositor y al mismo tiempo conseguir favorecer sus propios intereses⁶³.

No obstante, y a pesar de todas las dificultades que puedan presentarse en el intento, es imprescindible que los Estados democráticos de Derecho determinen con claridad este concepto en sus ordenamientos jurídicos, dado que al ser una forma de violencia que provoca la muerte y la destrucción, es el Derecho Penal quien tiene como misión regularlo y tratar de contrarrestarlo, siempre dentro de los límites de un Estado de Derecho. Y precisamente uno de ellos es el principio de legalidad en su manifestación de *lex certa*, que obliga a delimitar un concepto de terrorismo⁶⁴.

Desde una metodología jurídica, al enfrentarnos al estudio de cualquier fenómeno que tenga o pueda tener relevancia en este ámbito se hace necesario e ineludible una aprehensión de los términos o expresiones que lo

engloban. Necesario e ineludible porque, como afirma MUÑOZ CONDE⁶⁵, la utilización del término “*terrorismo*”, en distintos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico, y más concretamente, jurídico-penal, obliga a elaborar ese concepto para delimitar un ámbito de aplicación de estos delitos que ofrecen unas especiales singularidades que los diferencian de otros, basadas, fundamentalmente, en el entorno y la forma en la que se realizan.

A pesar de ello, la falta de un concepto de terrorismo preciso es evidente, como también lo es la constatación de que nos encontramos ante una noción ambigua y equívoca.

Esta realidad que es innegable no puede, sin embargo, determinar que se obvие o eluda la necesidad de un concepto de terrorismo; y ello por dos razones fundamentales: en primer lugar, porque en nuestro ordenamiento jurídico se menciona el término terrorismo en diversas ocasiones que afectan o pueden afectar a derechos fundamentales respecto a los que es exigible el mayor grado de seguridad jurídica⁶⁶; y, en segundo lugar, porque, como ya hemos dicho, se hace necesario delimitar el ámbito de aplicación del término de las conductas a él referidas.

De este modo, teniendo presente la necesidad de otorgar una noción de terrorismo, y teniendo presente también las dificultades de obtener un concepto dogmático con validez universal, cabría pensar en una empresa menos ambiciosa de hallar una noción útil y operativa para la reflexión jurídica, que nos permita determinar, con el máximo rigor posible, a quiénes y en

61 Señala LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo. A propósito del caso Amedo”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1993, facc. II, pág. 535 que “*el terrorismo, además hacer referencia a un hecho delictivo, es un concepto histórico, con una fuerte carga emotiva o política, que en cada momento y lugar ha sido aplicado a realidades muy diversas*”.

62 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, pág. 31, quien señala que “*si en algún punto comienza a surgir un mínimo acuerdo en la doctrina es precisamente en torno a esta falta de acuerdo. Como escribe BONANATE, las definiciones son innumerables, ‘una por cada autor que se ha ocupado del terrorismo’, seguramente porque, como ya hemos apuntado y confirma PAGLIARO, se trata de una de esas expresiones que no definen un hecho o conducta de modo perfectamente claro, ni e acuerdo con líneas seguras, sino que sirven un uso común y genérico*”.

63 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., págs. 50 y 51, quien señala que “*...en la guerra fría EEUU propagandizó como ‘combatientes por la libertad’ a fuerzas, como las de Bin Laden, a las que hoy acusa de ‘terroristas’. Bin Laden justifica el ataque del 11 de septiembre aduciendo que EEUU es el peor terrorista (...) Para Moscú, el peor terrorismo es el de los chechenos separatistas y para estos el mayor terrorismo es el del ejército ruso que arrasó su capital matando a decenas de miles de civiles (...). Israel ataca a Hamás e Hizbolah como terroristas, pero Siria y muchos países musulmanes les consideran independentistas palestinos y quieren juzgar a Sharon como criminal de guerra*”.

64 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 53

65 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 922.

66 Así, por ejemplo, el art. 13.3 de la Constitución Española exceptúa de la extradición los delitos políticos, de los que, a su vez excluye, los de terrorismo, aunque se abstenga de precisar este concepto; y el art. 55.2 del mismo texto legal, regula bajo el epígrafe de la “*suspensión de los derechos y libertades*”, los supuestos en que en unas determinadas condiciones ciertos derechos fundamentales “*pueden ser suspendidos para personas determinadas en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas*”.

qué circunstancias cabe aplicar la llamada legislación antiterrorista⁶⁷. La normativa internacional pone de relieve que la elaboración de un concepto de terrorismo que sirva como soporte de las respectivas legislaciones penales de los diferentes Estados constituye una empresa prácticamente imposible, y ello nos obliga a optar por un *concepto funcional* de terrorismo referido al sistema legal de cada Estado⁶⁸.

Estableciendo como punto de partida la definición recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que se refiere al terrorismo como *“dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin”*, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han otorgado una noción de terrorismo. Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987 afirma que:

“...el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como terroristas, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupo, de bandas, en las que usualmente concurrirá el carácter de banda armada. Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 de la Constitución. Ello se comprueba además con la lectura de la discusión parlamentaria del precepto constitucional, en la que

*se constata un tratamiento común de formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”*⁶⁹.

Indicaciones éstas que completa con las recogidas en la STC 89/1993, de 12 de marzo, donde en su Fundamento Jurídico Tercero señala que *“la criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático”*⁷⁰.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la Sentencia 2/1997, de 29 de noviembre (sentencia de la Mesa nacional de Herri Batasuna) define el terrorismo como *“una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido”*

De todo ello, tal como afirma CAMPO MORENO⁷¹, puede extraerse la noción de terrorismo como violencia social o política dirigida a destruir el orden democrático constitucional. Por consiguiente, entiendo que, sin perjuicio de la importancia de las notas y elementos del concepto que analizaremos a continuación, núcleo esencial del terrorismo es *la violencia*, o más bien, la utilización de la violencia como principal o único método de manifestación al exterior. Es el recurso a la violencia como medio de comunicación o de expresión de los objetivos que se persigan (sean estos los que sean) lo que ilegítima los comportamientos hasta el punto de convertirlos en delictivos⁷². Consecuentemente, si la conducta dirigida a la consecución de determinados fines no se realiza de forma violenta sino que se utilizan las vías legalmente establecidas en un estado democrático, no podría incluirse dentro de los actos terroristas por más que suponga un ataque o crítica directa del orden y configuración política que exista en un país determinado. Es decir, los objetivos contrarios a la Constitución podrían llegar a resultar, sin duda, le-

67 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit. pág., 536.

68 Grupo de Estudios de Política Criminal, en *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, 2008, pág. 23.

69 En la STC 199/1987, se abordaron los recursos de inconstitucionalidad núms. 285 y 292/1985 interpuestos, respectivamente, por el Parlamento de Cataluña y el del País Vasco, frente a la L.O. 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del art. 55.2 de la Constitución.

70 En la STC 89/1993, se analiza el recurso de inconstitucionalidad 1491/1988 promovido por el Parlamento Vasco contra la Ley 3/1988, de 25 de mayo, de reforma del Código penal.

71 Cfrs. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 25.

72 En este sentido, O’SULLIVAN, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid 1986, pág. 21, quien afirma que el terrorismo aparece cuando un grupo resuelve alcanzar un conjunto de objetivos ideológicos por métodos que no sólo violan o ignoran las estipulaciones del derecho nacional o internacional, sino que además espera tener éxito principalmente mediante el uso de la violencia.

gítimos, dado que, en sí mismos, constituirían una manifestación del pluralismo político y/o ideológico, consagrado como valor superior del ordenamiento; lo que no es aceptable en un Estado de Derecho que para la consecución de esos fines se utilicen *medios* contrarios a la Constitución⁷³.

Pero no cualquier violencia que ataque bienes jurídicos fundamentales puede fundamentar la existencia de actos terroristas, sino que, como veremos más detenidamente, es preciso que esas acciones violentas persigan una determinada finalidad; finalidad que no es otra que la de conmovir los fundamentos del Estado democrático de Derecho⁷⁴. Así pues, el medio violento que se emplea y la finalidad perseguida son esenciales en la definición de terrorismo, de tal forma que, como señala ARROYO ZAPATERO⁷⁵ “*sólo la finalidad política mencionada, acompañada de los indicados medios (se refiere a los violentos), que han de ser objetivamente idóneos para alcanzarla, permite identificar al objeto merecedor de una política jurídica de especial severidad*”. El desvalor que convierte un delito común (por ejemplo, estragos) en delito de terrorismo no es la utilización de un medio violento para producirlo, que es preciso en ambos supuestos,

sino la *finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*⁷⁶.

Es preciso, por tanto, que concurren los dos elementos: medios violentos y finalidad “política” para poder hablar de delitos de terrorismo⁷⁷. Cualquier definición que no contemple los dos elementos referidos da lugar a una política legislativa de grave riesgo para los derechos y libertades de ciudadanos que socavaría profundamente el sistema penal liberal de garantías. Como acertadamente afirma ARROYO ZAPATERO⁷⁸ las propuestas teóricas y prácticas legislativas que pongan su atención en elementos distintos a los anteriormente enunciados o prescinden de alguno de ellos provocan que “*el espacio de la excepcionalidad represiva deja de ser el terrorismo como tal y se extiende tanto al mero terrorismo ‘de opinión’ (los simpatizantes) como a la pura criminalidad común*”⁷⁹.

Mantener una postura contraria consistente en estimar que el factor dominante del concepto de terrorismo radica en su “*incidencia en la tranquilidad y seguridad ciudadana*”, no dando relevancia no a la intencionalidad “*política*”⁸⁰ del sujeto ni a la gravedad real de los medios empleados, supone desconocer la naturaleza singular del terrorismo frente a otras formas de delin-

73 Cfrs. HERRERO-TEJEDOR, “La ilegalización de los partidos políticos del entorno terrorista”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006, pág. 204.

74 Cfrs. ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma política y Derecho*, Ministerio de Justicia 1985, pág. 163.

75 Cfrs. ARROYO ZAPATERO, *ibidem*.

76 Cfrs. GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, cit., págs. 2604-2605. Por el contrario, LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 163 nota 466, mantiene que “*son los medios los que confieren a los fines terroristas, la ilicitud*”. En mi opinión son distintos niveles de la intervención penal, pero ambos necesarios. Efectivamente, la defensa de cualquier idea política o no, incluso encaminada a lograr una modificación del sistema estatal establecido, es perfectamente lícita en un Estado de Derecho (así, entiendo que es perfectamente lícito tener planteamientos independentistas o federalistas en determinados territorios de España, y luchar por ellos con los medios y mecanismos que otorga la Constitución Española, como pudiera ser conseguir una modificación constitucional que lo permitiese); esa lucha, en principio lícita, se convertiría en delictiva en el momento en que se utilicen medios contrarios a la Constitución y el ordenamiento jurídico, esto es, medios violentos. Pero, el mero uso de esos medios violentos para conseguir cualquier objetivo, no convierte de manera automática el comportamiento realizado en un delito de terrorismo; es preciso que se una un elemento más, la *finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública*.

77 Similar opinión refleja el Voto Particular del Magistrado Gómez Bermúdez, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de junio de 2000, donde afirma que “*aunque doctrinalmente se discutía si los delitos del art. 572 del Código penal son tipos autónomos o subtipos agravados, no hay duda que se trata de delitos comunes a los que se adiciona la finalidad de subvertir el orden constitucional o la alteración grave del orden público o la paz ciudadana (paz pública). Y esta adición hace que estemos ante un delito autónomo atendiendo a la finalidad específica que el tipo exige a la acción*”.

78 Cfrs. ARROYO ZAPATERO, *ibidem*.

79 La existencia de esta tendencia se pone de relieve con la introducción del art. 578 en el Código penal por la L.O. 7/2000. De hecho, tanto el Tribunal Supremo, en el Auto de archivo de la querrela contra Otegi, como el Gobierno han hablado de la existencia de un “*delito de opinión*” en el art. 578 del Código penal. Los propios términos empleados ya resultan cuestionables y rechazables y nos devuelven a épocas pretéritas, que algunos creíamos superadas, donde se criminalizaba la discrepancia ideológica y donde toda manifestación pública de ideas u opiniones contrarias a las de una determinada tendencia ideológica que ostentaba el poder en ese momento, eran consideradas delictivas.

80 Cuando se hace referencia a “*finalidad política*” nos estamos refiriendo a la intención o propósito de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública; en ningún momento debe interpretarse como una referencia al “*delito político*”, que no solo no existe en nuestro país como Estado de Derecho que es, sino que hay acuerdo en la doctrina nacional e internacional, en excluir al terrorismo de los delitos políticos.

cuencia, y genera una grave falta de seguridad jurídica al extender la restricción o suspensión de derechos fundamentales a los no terroristas⁸¹.

Pero existe un elemento más a tener en cuenta a la hora de hablar de un concepto funcional de terrorismo, aparte de la utilización de medios violentos y la finalidad “política”, y es que las acciones violentas se realicen de modo *reiterado e indiscriminado* (aleatorio). Si tal como señalábamos, la dominación por el terror, esto es, la atemorización de la sociedad o de los sujetos o grupo de individuos a los que va dirigida es uno de los objetivos perseguidos por los terroristas, resulta evidente que la reiteración y aleatoriedad de los ataques es un método altamente efectivo para conseguirlo. Así, como señala LLOBET ANGLI⁸² “*los delitos de terrorismo se caracterizan por la comisión de infracciones comunes a las que se añade su virtualidad de causar terror entre la población, esto es, de alterar la paz pública, en orden a la obtención de determinados objetivos (...) contiene un plus de desvalor respecto de la delincuencia común puesto que a diferencia de los meros homicidios, lesiones, etc., cada acto concreto contribuye a la creación de una situación de alarma o miedo colectivo idónea para alterar la normalidad de la convivencia ciudadana y el ejercicio de los derechos fundamentales. Así, el hecho terrorista trasciende al daño concreto causado ya que conlleva un mensaje delictivo ulterior que amenaza la seguridad del resto de la sociedad*”⁸³.

Así, el mensaje que se envía con la realización de un atentado terrorista es que ese hecho u otro similar de igual o superior potencial destructivo, volverá a ejecu-

tarse sucesivamente mientras los terroristas no logren sus objetivos o el “*statu quo que se pretende modificar siga inalterado*”⁸⁴, al tiempo que ponen de manifiesto que sus acciones se dirigen contra la sociedad de modo generalizado, esto es, indiscriminado o aleatorio⁸⁵.

Sobre la base de lo establecido hasta el momento, queda claro que, tal como señala GONZÁLEZ CUS-SAC⁸⁶, en el concepto de terrorismo resulta imprescindible diferenciar tres planos: la comisión de delitos comunes mediante medios violentos, la pretensión de atemorizar a los ciudadanos, y el fin último, subvertir el orden constitucional⁸⁷.

Sin embargo, es preciso señalar que la Decisión Marco 2002/475/JAI, de Consejo, de 13 de junio, sobre lucha contra el terrorismo, que recoge por primera vez con carácter vinculante una definición jurídica de terrorismo, en su art. 1. 1 establece que deben considerarse como actos de terrorismo la comisión de determinados delitos comunes graves, “*cuando su autor los cometa con el fin de: intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional*”. Son numerosas las críticas que podrían realizarse a esta definición, en primer lugar, que se contemplan *finalidades excesivamente amplias*, que permitirían tratar como actos terroristas supuestos que deben quedar completamente al margen de este ámbito⁸⁸. En segundo lugar, la utilización de

81 Cfrs., ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, cit., pág. 164.

82 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 56.

83 Cfrs. GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, cit., pág. 2604; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 77; MARTÍNEZ-CARDOS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, en *Actualidad Penal*, n.º 26, 1998, pág. 482; CARBONELL MATEU, “Terrorismo. Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal”, en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006, pág. 50. Por el contrario, MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, cit., pág. 165 considera que el plus de gravedad de la respuesta a la delincuencia terrorista “*con respecto a la que se ofrece a la común, estriba en la mayor peligrosidad que la mera existencia de las bandas organizadas (y no sólo su actuación delincuente efectiva) presenta para la subsistencia del Estado democrático, en la medida en que ésta amenaza o lesiona bienes jurídicos fundamentales para el mismo*”.

84 Cfrs. LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., págs. 67 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., p. 167 que alude al terrorismo como estrategia de comunicación.

85 Así, CANCIO MELIÁ, “Terrorismo y Derecho penal”, cit., pág. 319 pone de manifiesto que la selección de víctimas siempre es “personalmente aleatoria” para generar así intimidación masiva; CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, 2008, pág. 57 afirma que la falta de discriminación de los terroristas en relación con sus objetivos, hace surgir en la mente de todos el convencimiento de que cualquiera puede ser víctima del terrorismo.

86 Cfrs. GONZÁLEZ CUSSAC, *El Derecho penal frente al terrorismo*, cit., pág. 72.

87 De manera similar, señala LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo*, cit., pág. 61 que hay numerosas definiciones de terrorismo, pero existen unos rasgos característicos comúnmente aceptados: el sustrato armado, el modus operandi y la creación de un estado de miedo y coacción.

88 Así, por ejemplo, podría afirmarse que la manifestación realizada ante el Congreso de los Diputados de España, mientras se encontraban en sesión, el 25 de Septiembre de 2012 podría ser considerado delito de terrorismo dado que la finalidad sería obligar a los

un sistema de alternatividad en las finalidades típicas (“o”) podría provocar que, en hipótesis se califique como acto terrorista un comportamiento que en modo alguno persigue atemorizar a la sociedad⁸⁹. En mi opinión, esta definición otorgada por la Decisión Marco referida, colisiona con la más arraigada tradición del concepto de terrorismo, que, como hemos señalado, considera que la pretensión de atemorizar a la sociedad con los actos realizados constituye un elemento sin el cual el concepto carecería de una parte fundamental de su contenido⁹⁰.

Pero no terminan aquí los elementos necesarios para la constatación de la presencia de actos terroristas. El terrorismo es un fenómeno que va inexorablemente vinculado a la existencia de una organización criminal que es la que da cobertura y proporciona los medios necesarios a los individuos que la componen para la realización de su actividad⁹¹. Así, afirma ASUA BATARRITA⁹² en relación con las otras características señaladas de los actos de terrorismo, que *“la estructura organizada estable es la que dota de verisimilitud a la amenaza de reiteración de los delitos”*. Así, sólo la organización tiene la suficiente potencialidad para cometer delitos

de modo continuado, sembrar el terror social, y transmitir un sentimiento de estabilidad, dotando de unidad y continuidad al plan diseñado y de coherencia al modo de conseguirlo⁹³. En definitiva, la existencia de una organización es uno de los fundamentos del concepto de terrorismo⁹⁴.

Esta concepción de terrorismo asume las notas y elementos que la doctrina ha considerado que integran el terrorismo⁹⁵. Así, siguiendo la línea iniciada a partir del período de la transición democrática, podemos entender con LAMARCA PÉREZ⁹⁶ que la noción de terrorismo que podemos considerar válida a los efectos de nuestro ordenamiento jurídico, gira en torno a la existencia de dos elementos fundamentales y esenciales: el elemento estructural y el teleológico, es decir, la organización armada y el fin o resultado político. Por consiguiente, violencia política organizada vendría a ser hoy sinónimo de delincuencia terrorista⁹⁷.

La noción así obtenida y la exigencia de los dos elementos mencionados (estructural y teleológico) permite deslindar esta figura de otras conductas delictivas e incluso de manifestaciones o hechos que deben ser irrelevantes para el Derecho penal: en primer lugar, di-

poderes públicos a realizar determinados actos, o desestabilizar las estructuras políticas; o un asalto a un supermercado realizado por militantes de determinados partidos u organizaciones políticas que pudieran llevar finalidades similares en sus actuaciones.

89 Los mismos ejemplos expuestos pueden servir de referentes en esta segunda crítica. Cfrs. GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., págs. 62-63.

90 Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional 64/2007, de 29 de octubre, señala que al elemento estructural y al teleológico, ha de añadirse otro elemento: *“que se trate de grupos que por el uso del armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen causen inseguridad en la población con tal intensidad que impida el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, es decir, que produzcan miedo a un grupo o a la generalidad de la población”*.

91 Así, señala JORDAN, *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, 2004, pág. 258, que *“el terrorismo es algo propio de organizaciones, y no de individuos aislado, porque son ellas las que ofrecen la oportunidad de recibir entrenamiento, viajar y sostenerse económicamente; obtener inteligencia, planeamiento estratégico, armas, documentación falsa, etc.”*.

92 Cfrs. ASUA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en Derecho penal”, cit., pág. 260.

93 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 90.

94 Así, señala la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987, en su Fundamento Jurídico Cuarto que *“el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como “terroristas”, se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de bandas, etc.”*. En este sentido, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 156 y ss. La presunta existencia de un terrorismo individual en el Código penal español será analizada con posterioridad.

95 Cfrs. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 25; VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia 1990, pág. 83 quien, al amparo del anterior Código penal, reclamaba, para reputar un acto como terrorista, que sea ejecutado por medios especialmente violentos, aptos para producir terror en la sociedad, que comporten un peligro para bienes jurídicos esenciales y dirigidos a subvertir el orden político constituido; EBILE NSEFUN, *El delito de terrorismo*, Madrid 1985, pág. 138 entiende el delito de terrorismo como aquel acto contra la vida, integridad corporal, salud o libertad de las personas; de destrucción o interrupción de los servicios públicos o de destrucción o apropiación del patrimonio que, verificados sistemáticamente, tiendan a provocar una situación de terror que altere la seguridad o el orden públicos con fines políticos.

96 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 536.

97 Cfrs., en este sentido, LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 536-537; ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, cit., págs. 162 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Garantías en la Constitución ante la suspensión de Derechos fundamentales”, en *Sistema*, n.º 42, pág. 73; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, cit., pág. 170 y 191 y ss.; SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1988, págs. 174 y ss.; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, cit., págs. 59 y 60, aunque realiza algunas manifestaciones en relación con el elemento estructural.

ferenciarla de la violencia organizada que no persigue fines o no alcanza resultados políticos⁹⁸; en segundo lugar, diferenciarlas de aquellas conductas de indudable finalidad política que utilizan una violencia espontánea o no organizada, y que constituyen un ejercicio extralimitado de derechos fundamentales, con mayor o menor trascendencia penal; y en tercer lugar, diferenciarla de la simple disidencia política, es decir, de aquellas manifestaciones que incluso pueden situarse al margen de las reglas institucionales de participación, pero que no comportan ninguna reacción penal, generalmente por su carácter pacífico⁹⁹.

Así, sobre la base de todo lo dicho, la noción de organización o grupo terrorista (elemento estructural) constituye uno de los elementos nucleares para la definición legal de terrorismo, como ya señaló el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987 en su Fundamento Jurídico Cuarto donde define el terrorismo como “*violencia social o política organizada*” que “*lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales...se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones*”. Es decir, la existencia de una organización de estas características se constituye en un requisito de la aplicación de las normas antiterroristas¹⁰⁰.

Ahora bien, hay que señalar que el elemento estructural es, por sí solo insuficiente para integrar el concepto de terrorismo. Así, tal como afirma MUÑOZ CONDE¹⁰¹, el terrorismo “*se trata de una forma más de criminalidad organizada, aunque con una finalidad política (o, como después se verá, de alterar la paz pública) que la hace más peligrosa y difícil de controlar penalmente*”. Consecuentemente, toda la criminalidad organizada, de uno u otro signo, comparte una serie de características, como pueden ser la estructuración,

jerarquía, continuidad de la organización misma; pero es evidente que no es lo mismo, ni social, ni gramatical, ni jurídico penalmente hablando, la criminalidad organizada económica dirigida al narcotráfico, redes de prostitución, tráfico ilegal de armas, etc., que la criminalidad organizada terrorista.

De este modo, una organización criminal que posea una estructura jerárquica y una continuidad y permanencia, puede incluirse en la delincuencia económica o puede incluirse en la delincuencia terrorista, y para diferenciarlas se hace necesaria la concurrencia de un elemento nuclear y esencial. Así, si las actividades de la organización van encaminadas principalmente a la obtención de grandes beneficios, nos encontraríamos ante una clara manifestación de la criminalidad organizada económica. Por el contrario, si la finalidad económica, sin negar su existencia, pasa a un segundo plano, y priman otros objetivos de carácter predominantemente políticos, estaríamos en presencia de una organización o armada terrorista¹⁰².

Así pues, aunque es cierto que el fenómeno terrorista reúne como características propias la de ser una modalidad de delincuencia violenta y de carácter organizado, sin embargo, el elemento que va a delimitar la delincuencia terrorista, de otro tipo de comportamientos similares, es el teleológico o la *finalidad política*¹⁰³ o *finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*.

Acertadamente señala TERRADILLOS BASOCO¹⁰⁴ que “*en la búsqueda de un concepto de terrorismo, que sirva para la mejor comprensión del ius positum y que a él se ciña, se han de conjugar elementos objetivos y subjetivos*”. Todo comportamiento violento, en efecto, responde a una pluralidad de factores que sirven para identificar sus distintas formas de manifestarse, y,

98 Las distintas manifestaciones de la criminalidad o delincuencia organizada no persiguen la subversión política de un Estado, sino que, por el contrario, manipulan el sistema político existente en orden a conseguir sus intereses, pretendiendo crear un subsistema normativo al margen del impuesto por el Estado. Es el caso de los grupos mafiosos, de las bandas juveniles como Latin Kings, Ñetas, organizaciones paramilitares, etc., pero que no por ello tienen la consideración de organizaciones terroristas, cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 190.

99 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 537.

100 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 923; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 27; LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1989, pág. 959; la misma, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., págs. 206 y ss.

101 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 922.

102 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 916-917. Así, afirma CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., págs. 3 y 4, que el fenómeno de la “criminalidad organizada” se manifiesta en dos direcciones: por un lado, en la existencia de colectivos de actividad delictiva orientada al *lucro económico* (tráfico de drogas, armas o personas, y organizaciones mafiosas de diversas características) que sería la *criminalidad organizada común*; y por otro, en las agrupaciones orientadas *hacia la política*, las organizaciones terroristas, esto es, la *criminalidad organizada política*.

103 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 923.

104 Cfrs. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, cit., pág. 55.

en consecuencia, si no queremos incluir en el cajón de sastre del terrorismo a todas las formas graves de criminalidad— lo que dejaría sin justificación a la pretensión de darle un tratamiento autónomo— se debe valorar el elemento finalístico y centrarse en la violencia ejercida al margen de los cauces institucionales con la intención, precisamente, de destruirlos o, cuando menos, de desconocerlos¹⁰⁵.

En consecuencia, son dos los elementos fundamentales en el concepto de terrorismo, principalmente en relación con el delito de colaboración con organizaciones o grupos terroristas: el elemento estructural y el elemento teleológico que analizaremos detenidamente a continuación.

2. El elemento estructural: las organizaciones y grupos terroristas

2.1. Delimitaciones previas

Al analizar el concepto jurídico de terrorismo lo centrábamos, fundamentalmente, en dos elementos: uno imprescindible e ineludible, el *elemento teleológico* o finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública; y otro, el *elemento estructural*, cuya concurrencia se convierte en necesaria para la mayor parte de las figuras delictivas relativas al terrorismo¹⁰⁶. El análisis de estos términos enlaza, como veremos, con una pluralidad de sujetos con indudable carácter asociativo, una estructura organizativa, estabilidad, ca-

rácter armado y entidad suficiente para producir terror en la sociedad¹⁰⁷. El elemento estructural consiste, por tanto, en una estructura jerárquica que da unidad y coherencia interna a los actos de terrorismo como forma de ejecución de un programa político contrario al del orden constitucional del Estado¹⁰⁸.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio ha realizado una amplia reforma en el ordenamiento jurídico penal que afecta de manera importante a la criminalidad organizada y, consecuentemente, a los delitos de terrorismo. Como ya hemos señalado, en primer lugar se ha procedido a una reordenación sistemática del Título XXII (Delitos contra el orden público), de manera que introduce un nuevo Capítulo, el VI, “De las organizaciones y grupos criminales”, donde se regulan los delitos de organización comunes en los arts. 570 bis a quater, en los cuales se definen dos manifestaciones de la organización delictiva: la *organización criminal* y el *grupo criminal*. Junto a ello, se segregan los delitos de terrorismo de su anterior ubicación sistemática¹⁰⁹, pasando a ubicarse en la Sección Segunda, del nuevo Capítulo VII, “De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”. En la Sección Primera de este Capítulo se tipifican las conductas de constitución y pertenencia a organizaciones terroristas (art. 571 del Código penal), que antes se encontraban reguladas entre los supuestos de asociaciones ilícitas de los arts. 515. 2 y 516 del Código penal que han sido derogados tras la reforma.

105 Cfrs. TERRADILLOS BASOCO, *ibidem*.

106 Sin embargo, tras el Código penal de 1995, el elemento estructural o existencia de banda armada, organización o grupo terrorista pasa a un segundo plano y pierde su carácter de esencial e imprescindible, ya que se introduce el denominado “terrorismo individual” en el art. 577 Código penal. Con ello, tal como afirma MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 923, “*lo verdaderamente importante no es ya la existencia de la organización, banda o grupo, sino la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública, que también sirve para calificar de terrorismo el comportamiento individual descrito en el art. 577*”. Sin embargo, este planteamiento ha recibido numerosas críticas de la doctrina, ya que, como analizaremos más adelante, entiende que se trata de un *terrorismo individual* meramente aparente, dado que tanto la doctrina como la jurisprudencia parecen exigir que estos individuos se *adhieran* a un proyecto terrorista desarrollado por una organización existente, sin que se haya podido constatar vinculación alguna con ella. Así, se entiende que no resultaría verosímil que un sujeto, por libre, sin la cobertura de una organización, tenga la suficiente potencialidad para ejecutar delitos de modo continuado, sembrar el terror social y presentar demandas políticas con proyección de estabilidad. En este sentido, cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia 2012, pág. 188; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 259 y ss., y más en concreto, en la pág. 270 afirma que “*la denominación terrorismo individual es inadecuada y deber ser abandonada*”; ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 69, nota 39. Vid., también, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2001 que exige la vinculación o adhesión a alguna organización terrorista para hablar de terrorismo,

107 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., págs. 33 y ss.; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 155; GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, II, cit., pág. 2608; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 37.

108 Cfrs., CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en GARCÍA VALDÉS y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008, cit., págs. 1894 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 65.

109 Con anterioridad a la reforma de 2010 se encontraban regulados en el Capítulo V, del Título XXII, rubricado “De la tenencia, tráfico de armas, municiones y explosivos y de los delitos de terrorismo”.

Una de las principales consecuencias de esta reubicación es que acaba con la separación que existía entre el delito de pertenencia a organización terrorista y las demás infracciones de terrorismo. La aceptación, por la doctrina se este cambio no ha sido pacífica; así, mientras un sector doctrinal entiende, como MUÑOZ CONDE¹¹⁰ entiende “*acertado (el) cambio sistemático que permite tipificar de manera unitaria las conductas relacionadas con el terrorismo*”; otros autores, como CANCIO MELIÁ, consideran que la nueva ubicación no es adecuada al entender que todos los delitos de organización, entre los que incluye los relativos a organizaciones o grupos terroristas, debieran situarse entre los delitos contra la Constitución¹¹¹ y que la inclusión de la pertenencia a organización terrorista entre los delitos de terrorismo supone una involución frente a la situación anterior, considerando que “*parece conveniente regular conjuntamente todas las formas de delitos de organización*”¹¹².

En este punto entiendo, que la pertenencia a organizaciones o grupos terrorista, en tanto que son delitos de organización, debieran regularse con el resto de supuestos de pertenencia a organizaciones criminales, por cuanto no son sino una subespecie o modalidad o manifestación de un mismo fenómeno, la criminalidad organizada, aunque con distinta finalidad de la que conlleva la criminalidad organizada común. Cualquier excepcionalidad en el tratamiento de conductas que, en esencia, tienen igual desvalor contribuye a elevar el Derecho penal de excepción a la categoría de normalidad, lo cual resulta claramente incompatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho.

Pero la reforma en esta materia no termina con una mera reordenación sistemática de los delitos, sino que una de las principales novedades es la introducción, en el art. 571.3, de una definición expresa de organización y grupo terrorista (que remite al concepto otorgado para los delitos de organización comunes, una muestra más de que se trata, esencialmente, del mismo fenómeno o al menos de uno similar), eliminando expresamente la

noción y referencia a la *banda armada*; junto a ello, es preciso señalar también la especial problemática que plantearán las conductas de pertenencia recogidas en los números 1 y 2 del art. 571 en orden a su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico. Pero vayamos por partes.

Tal como hemos puesto de relieve, el art. 571 del Código penal es el sucesor de los derogados arts. 515.2 y 516; consecuentemente, se mantiene el criterio de la distinción, tanto conceptual como penológica, de los diferentes niveles directivos y de participación. Así, es posible diferenciar una *pertenencia cualificada* (n.º 1, del art. 571), de la *ordinaria o simple pertenencia* (n.º 2 del art. 571). En ambos supuestos, la reforma de 2010 implica una ampliación del concepto que, en algunos casos, puede sobrepasar los límites de la legalidad.

En los supuestos de *pertenencia cualificada*, la descripción típica se simplifica y amplía, de manera que, además de a director y promotores, se incluye expresamente a quienes *constituyen u organizan*, la organización o grupo terrorista. De este modo, GARCÍA ALBERO¹¹³ considera que “*se flexibiliza y amplía el círculo de sujetos cualificados, pues quien constituye la organización puede constituirlo desde el principio con la idea de que la dirijan otros, y las labores de organización no tienen por qué comportar jerarquía o mando en la organización terrorista misma*”.

Aún mayores críticas suscita la descripción de la *pertenencia ordinaria o simple pertenencia*, recogida en el art. 571.2 del Código penal, que, a diferencia de su predecesor el derogado art. 516, describe con mayor detalle en qué consiste tal comportamiento prohibido. Así, mientras el antiguo art. 516 se refería exclusivamente a *integrante*, en el nuevo art. 571.2 se distingue entre quienes *participan activamente* en la organización, y quienes simplemente *forman parte* de ella.

Esta diferenciación realizada por el legislador de 2010, podría ser entendida como que se puede *formar parte* de una organización o grupo terrorista, sin “*participar activamente*” en la misma, lo que nos condu-

110 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 907.

111 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 70 y ss.

112 Así, afirma CANCIO MELIÁ, “*Delitos de organización*”, cit., págs. 16 y 17 que “*el hecho de convertir en una infracción criminal la mera integración en un colectivo —es decir, los delitos de organización— supone una reacción excepcional frente a determinadas organizaciones, organizaciones que presentan un injusto específico*”. Continúa afirmando este autor que “*no parece que sea conveniente desgajar la pertenencia a una organización terrorista de la disciplina general de la integración en una organización criminal (...)*”, ya que, en este supuesto, “*lo que el legislador subraya es lo especial del terrorismo en el plano simbólico un mensaje inconveniente para un ordenamiento que asume el carácter de delito común del acto terrorista*”. De hecho, finaliza afirmando que “*la inclusión de la organización terrorista en el delito de asociación ilícita en el Código penal de 1995 fue saludada como muestra de “normalización” por la doctrina*”.

113 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “*La reforma de los delitos de terrorismo*”, cit., págs. 371 y 372; en el mismo sentido, CANCIO MELIÁ, “*Delitos de organización*”, cit., pág. 17.

ce directamente al problema de si la *militancia pasiva* pudiera ser o no considerada como una forma de pertenencia a una organización o grupo terrorista¹¹⁴. Con anterioridad a la reforma, tanto la doctrina¹¹⁵ como la jurisprudencia¹¹⁶ sostenían que pertenecer a una organización criminal o terrorista debía significar algo más que estar de acuerdo con sus postulados o abrazar su ideario.

En mi opinión, de modo similar debe interpretarse el nuevo art. 571.2, siendo precisa la prestación de algún tipo de contribución o soporte material o logístico, sin que sea suficiente la mera adhesión o comunión ideológica. Como afirma CANO PAÑOS¹¹⁷ “*resulta, pues, necesario que se realicen conductas que contribuyan*

a las actividades delictivas de la organización terrorista para la atribución de responsabilidad, por lo que un perteneciente, a efectos penales, tiene que ser un miembro activo de la organización”. Otra interpretación daría lugar a la penalización de una mera actitud ideológica, con las connotaciones que ello conlleva¹¹⁸.

Otra de las novedades importantes de la reforma de 2010, es la introducción de una definición de organización o grupo terrorista que, al tiempo que se remite a los delitos de organización comunes, elimina toda referencia al término *banda armada*. Este concepto, que coexistía con la organización y el grupo terrorista en la regulación que se realiza en el Código penal de 1995, fue objeto de intenso debate doctrinal¹¹⁹ dado que po-

114 La *militancia pasiva* debe entenderse como la integración simplemente formal o la mera adhesión ideológica.

115 Cfrs. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 75; GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA GARCÍA ARAN, *Comentarios al Código penal*, cit., pág. 2617; MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid 2005, pág. 188.

116 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2009 (caso Ekin) ha entendido que *integrante*, a los efectos del antiguo art. 516, equivale a *partícipe activo* que es la pertenencia mínimamente exigible por el resto de modalidades de asociación ilícita.

117 Cfrs. CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español tras la reforma de 2010”, cit., pág. 3.

118 Así, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 919, considera que la equiparación que hace la reforma de 2010 entre pertenencia activa y mero formar parte resulta criticable pues si dicha equiparación se interpreta en el sentido de que la mera integración o participación pasiva cumple con el tipo contenido en el art. 571, se estaría dando lugar a un Derecho penal de autor; en sentido similar, CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 17 señala que “*la nueva descripción puede contribuir —intensificando ciertas tendencias en este sentido en la jurisprudencia de los últimos años— a llevar el delito de pertenencia, castigado con penas severísimas, a una especie de delito de adhesión, de identificación con el ideario, y resulta por ello rechazable, ahora igual que antes*”; LLOBET ANGLI, *El nuevo Código penal*, cit., pág. 705 afirma que “*...tal interpretación convierte este precepto en inconstitucional. Así, la única forma de salvar su constitucionalidad es interpretar que se excluye la mera adhesión ideológica*”. En la misma línea, CANO PAÑOS, “Los delitos de terrorismo en el Código penal español”, cit., pág. 3 considera que “*para salvar la constitucionalidad del precepto habría pues que considerar a los ‘partícipes activos’ como aquellos miembros de la organización o grupo terrorista que, además de realizar tareas genéricas, matan, lesionan y secuestran; y los que forman parte de tales asociaciones quienes colaboran con el grupo de forma permanente y activa con actos genéricos y desvinculados de los delitos concretos. Pero, sea como fuere, no resulta suficiente con ostentar una posición meramente pasiva para ser condenado por este delito, en ninguna de las dos acepciones*”; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Art. 570 bis”, en GÓMEZ TOMILLO (direct.), *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed., Valladolid, 2011, pág. 1939, afirma que deberá diferenciarse, en todo caso, la mera pertenencia de la simple comunión o coincidencia con la ideología o el ideario de la organización, sin integración en ella. En contra, CARDONA TORRES, *Derecho penal, Parte especial*, Barcelona 2010, pág. 614 considera que lo que se castiga en el art. 571 del Código penal es la pertenencia a tales agrupaciones, siempre que se califiquen de terroristas, lo cual no admite fisuras, pues en su opinión tan terrorista puede ser el mero ideólogo de la agrupación (el que adoctrina) como el partícipe activo de los delitos instrumentales (el que ejecuta). Y con todo tipo de matizaciones, hasta pudiera tener un punto de razón, el problema, es que el *adoctrinamiento* del que habla, es el *comportamiento activo* que está exigiendo la doctrina para considerar a alguien perteneciente a una organización criminal, y no la *simple adhesión ideológica*, que configuraría la militancia pasiva.

119 Tradicionalmente, el concepto de banda armada se ha analizado desde una doble perspectiva: por un lado, un sector doctrinal entendía por tal la reunión permanente y estable de más de dos personas, con carácter armado, que trataban de subvertir el orden constitucional o alterar la seguridad ciudadana; de este modo, la banda armada debía tener por objeto la comisión de delitos terroristas; a este respecto, cfrs. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Delitos de terrorismo”, en GANZENMÜLLER ROIG (direct.), *Delitos contra el orden público, terrorismo contra el Estado o la comunidad internacional*, Barcelona 1998, pág. 339; LAMARCA PÉREZ, *Derecho penal, Parte Especial*, 3.ª ed., Madrid 2004, págs. 688-689, considera que para diferenciar los conceptos de “banda armada”, “organización terrorista” o “grupo terrorista” podría ponerse en conexión el elemento organizativo inherente a todas esas agrupaciones de sujetos con el elemento teleológico, de tal manera que mientras que las organizaciones o grupos terroristas serían aquellas asociaciones cuya finalidad sería subvertir el orden constitucional, esto es, organizaciones con fines políticos, las bandas armadas únicamente perseguirían la alteración de la paz pública, si bien deben perseguir, aunque sea con menor intensidad, la desestabilización del Estado para que pueda entrar en juego la legislación antiterrorista; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 163-164, que consideraba que la inclusión de bandas meramente armadas en la delincuencia terrorista conduciría a una extensión enorme del alcance de los preceptos. La postura contraria señalaba que las bandas armadas no tenían por qué ser terroristas para que entrar en acción la legislación dirigida a combatir este tipo de fenómenos,

dría resultar altamente conflictivo, al haber sido utilizado como instrumento para aplicar la legislación anti-terrorista a organizaciones de delincentes comunes¹²⁰.

Como señala FARALDO CABANA¹²¹, el principal problema a la hora de interpretar el concepto de *banda armada* radicaba en determinar si se refería a la delincuencia común, sin finalidades terroristas, o si se tenía que constatar su vinculación con esta finalidad al aparecer como sinónimo de grupo terrorista en la redacción del antiguo 515.2 del Código penal. La jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del Código penal de 1995 identificaba la banda armada con la asociación ilícita común, carente de finalidad política pero que podía crear una situación de alarma y emergencia para la seguridad pública, mientras que las organizaciones terroristas o rebeldes conllevaban la finalidad de infundir terror¹²². Así, continúa afirmando esta autora, “*esta línea jurisprudencial ponía de relieve la posibilidad de que la legislación antiterrorista se aplicara a la banda armada, carente de esa finalidad política, se justificaría únicamente cuando la actuación de la banda armada supusiera una grave alteración del orden público, ya fuera por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados o por el uso de armamentos que poseen*”¹²³.

Sin embargo, es preciso señalar, tal como afirma CANCIO MELIÁ¹²⁴ que “*ese riesgo de indefinición había sido ya conjurado por la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, que había establecido una interpretación estricta de la noción de ‘banda armada’*

incluyéndola dentro del concepto de organización terrorista”.

Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987, entendía que era necesario interpretar restrictivamente el concepto de banda armada, y ponerlo en conexión, en su trascendencia y alcance, con el de organización y grupo terrorista, esto es, como una *especie* de los mismos, considerando que el tratamiento más severo que se les daba sólo tenía sentido en la medida en que se tratara de una banda armada como soporte de un grupo u organización terrorista. Señalando que “*cualquier otra interpretación más amplia de la expresión bandas armadas, que permitiera la aplicación de la Ley Orgánica 9/1984 y singularmente de los preceptos de su Capítulo II a personas o grupos que actuaran con armas, sin provocar terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro, carecería de cobertura constitucional del art. 55.5”* (FJ 4.º)¹²⁵.

Por consiguiente, las bandas armadas se distinguían del resto de asociaciones ilícitas por la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto consistente en la intención o propósito de subvertir el orden constitucional y la paz o seguridad pública¹²⁶.

A pesar de ello, es necesario reconocer que la redacción original del Código penal de 1995 en esta materia podía suscitar dudas en torno a si el concepto de banda armada era o no autónomo del concepto de organización o grupo terrorista¹²⁷. Por ello, la decisión de elimi-

de manera que se definía la banda armada como la mera unión de tres o más personas que tuvieran a su disposición una o más armas de fuego, sustancias o aparatos explosivos inflamables, cfrs. GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid 1993, pág. 237, postura ésta que resultaba insostenible en virtud del principio de proporcionalidad, puesto que implicaba castigar con la misma gravedad punitiva conductas cuyo contenido de injusto era cualitativa y cuantitativamente distinto.

120 Paradigmática es la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1990 (Caso de Santiago Corella, el Nani), en el que la detención policial que dio lugar a su posterior desaparición se hizo al amparo de la legislación especial antiterrorista. Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 18, quien afirma que ello “*podría desdibujar los contornos típicos del concepto de terrorismo. En este sentido, su eliminación resulta positiva*”; GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 372.

121 Cfrs., FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 108.

122 En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992, y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de octubre de 2000. Sin embargo, se pronuncia en contra, LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 553.

123 Cfrs. FARALDO CABANA, *ibidem*; TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, cit., págs. 56-59.

124 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *ibidem*.

125 En el mismo sentido, vid. las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de julio de 1998, 17 de julio de 2002, 30 de diciembre de 2004 y 31 de mayo de 2006, entre otras.

126 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 235 y ss.; FERNÁNDEZ GARCÍA, “Delitos de terrorismo”, cit., pág. 339; SERRANO PIEDECASAS, “Tratamiento jurídico penal del terrorismo en un Estado de Derecho”, cit., pág. 77.

127 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 16.ª ed., Valencia 2008, pág. 792. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., págs. 110-111, afirma que “*a mi juicio, sin embargo, las bandas que pretendía causar inseguridad en la población o miedo colectivo, sea para subvertir el orden constitucional o, sin ese fin subversivo, para alterar gravemente la seguridad pública con una finalidad política debían ser calificadas como organizaciones o grupos terroristas sin más. La banda armada se distinguía de estos en que no tenía ese fin político. Se trataba de delincuencia común que, por la entidad del armamento de que disponía y la peli-*

nar el concepto de la definición del art. 571 que realiza el legislador del 2010 es, en mi opinión, muy acertada y facilitará enormemente su interpretación¹²⁸.

2.2. Concepto de Organización y Grupo terrorista

Tal como hemos señalado, la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, incluye una definición de la organización y grupo terrorista en la nueva Sección Primera, del Capítulo VII, formado por el art. 571 del Código penal. Ello implica la introducción, por primera vez en nuestro ordenamiento, de una *definición auténtica* de lo que debe entenderse por “*organización y grupo terrorista*”¹²⁹, que se realiza por remisión a las organizaciones y grupos criminales comunes (arts. 570 bis y ter), siempre que tengan por *finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*. De este modo, queda claramente expuesto que la organización terrorista es un subtipo o modalidad agravada de la criminalidad organizada, que se caracterizaría por la presencia de un especial y concreto elemento teleológico que sería, tras la reforma de 2010, la finalidad y objetivo “político”¹³⁰.

En la definición de organización o grupo terrorista, el presupuesto estructural se remite a la criminalidad común, y el elemento teleológico sirve para caracterizar la estructura como terrorista.

Es evidente la identificación que existe entre criminalidad organizada y criminalidad terrorista, en el sentido de que ésta se interpreta como un subtipo o modalidad de aquella. Así, afirma CANCIO MELIÁ¹³¹ que “*el fenómeno de la criminalidad organizada se manifiesta en dos direcciones, como es sabido: por un lado, en la existencia de colectivos de actividad delictiva orienta-*

da al lucro económico: tráfico de drogas, armas o personas, u organizaciones mafiosas de diversas características (criminalidad organizada común). Por otro, las agrupaciones orientadas hacia la política: organizaciones terroristas, criminalidad organizada política”. El elemento estructural es coincidente en ambos tipos y desde este prisma es necesario delimitarlo. Así, tras la reforma de 2010, estructuralmente sería organización o grupo terrorista aquellos que reúnan las características señaladas en los párrafos segundos, apartados 1, de los arts. 570 bis y ter, relativos a las organizaciones y grupos criminales¹³².

El primer problema que se plantea en esta materia es que la nueva regulación de los delitos de organización del Capítulo VI del Título XXII, diferencia entre “*un tipo de organización delictiva en sentido estricto (la organización criminal, art. 570 bis) y esa especie de tipo de recogida u organización delictiva de menor cuantía que es el grupo criminal del art. 570 ter*”¹³³. Con ello, se obvia que la jurisprudencia del Tribunal Supremo había venido identificando ambos fenómenos entendiendo que se trata de un concepto materialmente idéntico, caracterizado por la presencia de un programa político terrorista, permanencia¹³⁴, división de tareas y estructura funcional¹³⁵, en el que “*la inclusión del ‘grupo’ sólo debía servir para poner en claro que las dimensiones numéricas de la organización no resultaban decisivas para su calificación*”¹³⁶.

Tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, con la expresa tipificación en dos preceptos diferentes, el art. 570 bis y el 570 ter, esta identificación resulta inviable, dado que se configura el *grupo criminal*, como “*una suerte de cajón de sastre o tipo de recogida de*

grosidad que suponían recibía un tratamiento similar al de la asociación ilícita, a pesar del carecer del elemento estructural más complejo propio de ésta”.

128 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 372.

129 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 34; GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., págs. 372 y 373.

130 De este modo, el elemento teleológico se convierte en esencial para diferenciar la criminalidad organizada común de la terrorista, cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 186; LLOBET ANGLI, *El nuevo Código penal*, cit., pág. 706; GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 372; CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 18.

131 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., págs. 3 y 4.

132 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 373; LLOBET ANGLI, *El nuevo Código penal*, cit., pág. 707.

133 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 18.

134 Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2010 exige la “*consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no meramente transitorio*”.

135 Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009, 16 de febrero de 2007, 31 de mayo de 2006, 17 de junio de 2002, entre muchas otras.

136 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 19; en sentido similar, GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 373.

*agrupaciones que no reúnan alguno de los requisitos de la organización— a priori cualquiera—, impide por completo ahora seguir interpretando ambos conceptos como sinónimos tal y como se había hecho hasta la fecha, salvando, acaso el dato de que el grupo no tenía por qué exigir la dimensión cuantitativa de la organización, pero nada más*¹³⁷.

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, trata de justificar esta nueva regulación sobre la base de la *“peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación”*. Con ello, parece realizarse una apelación al terrorismo de raíz *yihadista* que esencialmente quebranta el requisito de conexión y jerarquía en su estructura, al estar caracterizado por conexiones superficiales y estructura en red, respecto de la organización matriz¹³⁸.

Esta concepción desconoce el extremo de que este tipo de organizaciones, incluso las estructuradas en red, cumplen perfectamente los requisitos del concepto de organización terrorista recogido en nuestro ordenamiento jurídico, y así lo reconocen diversas resoluciones jurisprudenciales¹³⁹. Efectivamente, aunque la estructura típica del terrorismo islámico sea la constitución en red, las distintas células *yihadistas* sí cuentan con una mínima estructura jerárquica entre los miembros de cada célula y de conexión de las distintas células entre sí. Así, a pesar de que el terrorismo islámico parece carecer de la estructura jerárquica característica de la organización terrorista tradicional, no hay inconveniente para que pueda entenderse que concurre el elemento estructural dado que constituyen organizaciones objetivamente adecuadas para perpetuarse en el tiempo, trascender los concretos actos terroristas que realizan y causar temor e intimidar a la sociedad¹⁴⁰.

Sin embargo, el legislador del 2010, nuevamente sin detenerse a analizar que nuestra legislación, al menos en materia antiterrorista iba muy por delante de las exigencias europeas, aplica en nuestro ordenamiento las advertencias recogidas en la Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo, de 28 de noviembre, sobre lucha contra el terrorismo, en relación con el cambio en el *modus operandi* de los terroristas, *“incluida la sustitución de grupos estructurados y jerárquicos por grupúsculos semiautónomos ligados entre ellos con flexibilidad”*¹⁴¹.

Por tanto, desde la Ley Orgánica 5/2010, es preceptivo diferenciar la *organización criminal o terrorista* del *grupo criminal o terrorista*. Y ello, según CANCIO MELIÁ¹⁴² *“es un curioso boomerang que golpea no sólo, como antes se ha visto, a la definición de los colectivos de criminalidad organizada común, sino también a la regulación de las infracciones de terrorismo: derivado de una comprensión errónea de lo que la doble mención ha significado en los delitos de terrorismo, además de una lectura interesada y expansionista de las normas internacionales y de la Unión Europea, una vez exportada a los delitos de organización comunes, retorna al terrorismo para desordenar y confundir una noción que estaba perfectamente establecida en la jurisprudencia en lo que se refiere a los elementos estructurales del concepto de organización”*.

Así, son dos las formas en las que puede manifestarse el elemento estructural en el terrorismo según establece el art. 571.3 del Código penal: *organización criminal* (parr. 2.º, n.º 1, art. 570 bis) y *grupo criminal* (parr. 2.º, n.º 1, art. 570 ter).

2.2.1. La organización criminal

El art. 570 bis, n.º 1, párrafo segundo establece que organización criminal es una *“agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada*

137 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., pág. 373.

138 Cfrs. GONZÁLEZ CUSSAC, *El Derecho penal frente al terrorismo*, cit., pág. 21; GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 77. Y vid., Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 5 de la Audiencia Nacional, de 26 de octubre de 2007.

139 Vid. Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2007 y de 26 de septiembre de 2005.

140 Cfrs. GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., págs. 79 y 80, donde afirma que en el caso del terrorismo *yihadista* *“se trata de una relación jerárquica menos formalizada, más personal pero que también sirve para cohesionar al equipo criminal. Se trata, además, de una relación jerárquica de un contenido fuertemente horizontal, circunstancia ésta que sirve para garantizar la propia seguridad de la célula, al no concurrir mas relación de dependencia que la personal con el líder que transmite la dirección ideológico-religiosa radicalizada e integrista que no impide la acción o decisión personal del individuo. Por último, la existencia de una amplia e intensa red internacional de contactos facilita el transporte, el hospedaje y manutención de los mujahidines para ofrecerles una cobertura laboral, que los ayude a eludir los controles de las autoridades locales”*.

141 Cfrs. GARCÍA ALBERO, “La reforma de los delitos de terrorismo”, cit., págs. 373 y 374.

142 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 19.

se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”.

La definición que acabamos de exponer responde a las exigencias derivadas de la Decisión Marco 2008/841/JAI, del Consejo de 24 de octubre relativa a la lucha contra la delincuencia organizada que en su art. 1 define lo que deba entenderse por *organización delictiva*¹⁴³, aunque con algunas diferencias en su regulación, como por ejemplo la sustitución del adjetivo “estructurada” recogido en la Decisión Marco, por la necesidad de que sea “coordinada” y se “repartan tareas o funciones” que se contiene en el art. 570 bis; en relación con el requisito temporal, la Decisión Marco se refiere a “un cierto período de tiempo”, mientras que nuestro Código penal establece la necesidad de que tenga un “carácter estable o por tiempo indefinido”; y, por último, en relación con el objetivo criminal, la Decisión Marco se refiere a delitos graves (“sancionables con una pena privativa de libertad o una medida privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años, o con una pena aún más severa”), mientras que el art. 570 bis recoge el “fin de cometer delitos, así como llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas”. Si se mantiene el número mínimo de sujetos que deben componer la agrupación u organización (tres). Sobre esta base, tal como señala FARALDO CABANA¹⁴⁴, “*de esta comparación se desprende que el concepto de organización criminal empleado en el art. 570 bis CP es bastante más amplio que el utilizado en el art. 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI*”.

De este concepto podemos señalar varios requisitos en relación con la organización criminal¹⁴⁵:

1. pluralidad de personas: al menos tres
2. que actúen de manera concertada y coordinada con un reparto de tareas: estructura jerárquica.
3. organización estable o por tiempo indefinido.
4. un requisito, establecido jurisprudencialmente como característico de la criminalidad organizada que es la fungibilidad de sus miembros a partir de un reparto inicial de tareas o funciones en la organización.

Estos requisitos, responden esencialmente al concepto de organización que mantiene como adecuado FARALDO CABANA¹⁴⁶, y que se reducen esencialmente a tres: estructura jerárquica, fungibilidad de sus miembros y existencia conocida de un centro de decisiones¹⁴⁷, junto, obviamente, con la finalidad de cometer delitos, o realizar una actuación completamente desvinculada del Derecho¹⁴⁸. Seguiremos para un análisis más detallado, la propuesta de la mencionada autora.

a. Estructura jerárquica:

El art. 570 bis exige como requisito esencial la concurrencia de este tipo de estructura al establecer que entre los integrantes de la organización criminal haya un reparto de tareas y funciones. Es decir, es precisa una cierta organización, la concurrencia de “*una estructura que se proyecta más allá de la realización de unos actos delictivos concretos, que sobrevive a la consu-*

143 El art. 1.1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI establece que se entenderá por organización delictiva “una asociación estructurada de dos o más personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o con una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”. Así mismo, el art. 1.2 se define la *asociación estructurada* como “una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarrollada”.

144 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 58.

145 Estos requisitos ya habían sido señalados por la jurisprudencia en diversas ocasiones como imprescindibles en relación con la criminalidad organizada, vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, 14 de diciembre de 2005 y 23 de junio de 2005, entre otra.

146 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., págs. 63 y 64, considera que este concepto permite justificar la existencia de tipo penales autónomos de integración en organización criminal o asociación ilícita, al aparecer una estructura en cuyo seno los dirigentes pueden confiar en el cumplimiento de las órdenes que imparten, pues la organización pondrá a su disposición los medios personales necesarios para llevar a cabo su ejecución.

147 JOSHI JUBERT, “Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1995)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995, pág. 662. En el mismo sentido, la Instrucción 4/2006, de 12 de julio de la Fiscalía General del Estado, señala que son elementos de la delincuencia organizada: a) pluralidad de personas, b) estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional, c) vocación de permanencia temporal y d) actuación concertada.

148 Así, FARALDO CABANA, *ibidem* pone de relieve la similitud que existe entre esta definición y las características de los aparatos organizados de poder.

mación de éstos¹⁴⁹. Así, se trata de una relación vertical con presencia de un centro de decisiones, generalmente apartado del objeto del delito, que emite las órdenes precisas que son obedecidas por los subordinados¹⁵⁰.

La exigencia de esta estructura jerárquica no plantea especiales dificultades para aplicarse a las nuevas formas de organización, concretamente los supuestos de *estructuras en red*, dado que aunque el mecanismo de conexión entre sus distintas células sea informal, lo cierto es que cada una de ellas puede ser considerada en sí misma una organización criminal¹⁵¹, extremo que ya ha sido reconocido en diversas resoluciones jurisprudenciales en nuestro país¹⁵².

Pero además de la jerarquía o relación vertical, existe una coordinación en el plano horizontal donde se produce una división del trabajo y un reparto de papeles, donde los miembros de los niveles subordinados siguen las órdenes e instrucciones de los dirigentes a fin de lograr el objetivo común, y el grado de complejidad de esta estructura dependerá del tipo de actividad delictiva que la organización en concreto quiera realizar, sin que sea preciso una estructura compleja¹⁵³.

Este objetivo final que persigue la organización, no tiene que ser necesariamente ilícito, sino que deben serlo los medios que se pretenden emplear para lograrlo. Como ya hemos señalado con anterioridad, es posible que una organización criminal terrorista persiga un fin lícito en un Estado democrático, como puede ser la independencia de una parte del territorio nacional, lo que es delictivo y lo configura como terrorismo, son los medios (violentos) que emplea para ello¹⁵⁴.

b. Número mínimo de miembros y fungibilidad de los mismos:

El art. 570 bis del Código penal exige la presencia de “*más de dos personas*”, o lo que es lo mismo, un mínimo de tres, siguiendo las directrices procedentes de la normativa internacional¹⁵⁵; número que es similar al que se baraja en el resto del Derecho comparado¹⁵⁶.

Antes de la reforma realizada por la Ley Orgánica 5/2010, en España se oscilaba entre exigir la concurrencia de dos¹⁵⁷ o tres¹⁵⁸, sin embargo, la expresa previsión del art. 570 bis, lo fija en tres. Este número mí-

149 Cfrs. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona 1978, págs. 236 y ss.; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 229; IGLESIAS RIO, “Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad”, en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Universidad de Burgos, pág. 102. En el mismo sentido, la Circular 2/2011, de 2 de junio, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal realizada por la Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales, pág. 11. Sin embargo, ante la redacción del actual art. 570 bis, sostiene CORCOY/GÓMEZ/BIESO, “De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (directs) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011, pág. 114, que no es necesaria la existencia de una estructura jerárquica.

150 FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 65; GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 66.

151 Cfrs. en este sentido, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 161, donde afirma que esta estructura en red puede constituir un problema policial operativo que dificulte la obtención de resultados preventivo-fácticos positivos, pero que no constituye un problema específico de Derecho penal material. En el mismo sentido, FARALDO CABANA, *ibidem*. En contra, sin embargo, se manifiesta ROPERIO CARRASCO, “¿Protección social versus galantismo?: excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada”, en CUERDA RIEZU (direct.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, Madrid 2008, pág. 308, que afirma que en las nuevas asociaciones de carácter celular, las decisiones no se toman jerárquicamente sino de forma consorciada.

152 Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de septiembre de 2005 señala que el grupo concreto examinado era sólo “*un apéndice de una red macroterrorista llamada Al Qaeda, carente por completo de organización, que emite órdenes asesinas para los que quieran cumplirlas. Pero ese apéndice constituye en sí mismo una organización terrorista asentada en nuestro país*”. De manera similar, las Sentencias de la Audiencia Nacional de 7 de febrero de 2007 y de 17 de julio de 2008.

153 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 65.

154 Cfrs. supra epígrafe I; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 66.

155 La Convención de Naciones Unidas sobre la Delincuencia organizada transnacional de 2000, habla de “tres o más personas”, y la Decisión Marco 2008/841/JAI, de “más de dos personas”.

156 Así, en Alemania se exige un mínimo de tres personas, entendiendo que en ese supuesto ya es posible que la voluntad del individuo se subordine a la voluntad común; en Italia, por tres o más personas. Austria constituye un supuesto excepcional en el que se exige la agrupación de diez personas. En relación con la regulación a este respecto en Derecho comparado, vid. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., págs. 66 y ss.

157 ASÚ, PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Madrid 2007, pág. 100.

158 MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 16.ª ed., cit., pág. 847; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 67 afirma que “*de exigirse un número mínimo lo más acertado es hablar de tres, en coherencia con lo dispuesto en la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación*”, y continúa afirmando que en su opinión “*lo relevante no es el*

nimo de personas ha sido considerado excesivamente bajo tanto para su diferenciación con los supuestos de codelinquencia común¹⁵⁹, como para la afirmación de la necesidad de fungibilidad de sus miembros.

Efectivamente, si la *fungibilidad*¹⁶⁰ se centra en la intercambiabilidad de los miembros sobre la base de la existencia de un elevado número de sujetos dispuestos a realizar el programa o actividad criminal, esta característica podría quedar en entredicho ante un número tan limitado de sujetos (tres) exigidos por el Código penal. Sin embargo, no es preciso un número ilimitado de personas, ni siquiera un número elevado de las mismas para poder afirmar su fungibilidad o intercambiabilidad, siendo suficiente la posibilidad de realizar el reemplazo en el supuesto que alguno de los sujetos se niegue a realizar el comportamiento acordado. Así, señala FARALDO CABANA¹⁶¹ que la intercambiabilidad “no debe comprobarse en el momento de la ejecución de alguno de los delitos fin, sino antes, cuando se elabora el plan criminal, momento en el cual deben existir suficientes sujetos dispuestos a ejecutarlo con independencia de que al final, si realmente se llega a la fase de ejecución, sólo sea uno o unos pocos los que lo ejecuten, pues si no fueran ellos, serían otros”.

c. Estabilidad o permanencia en el tiempo:

En la delincuencia organizada, la existencia de una relación jerárquica más o menos formalizada entre quienes dirigen la organización delictiva y quienes se encargan de ejecutar las concretas acciones proyectadas, dota a la estructura criminal de un carácter de estabilidad y permanencia en el tiempo que trasciende los concretos actos delictivos realizados. Por tanto, es

preciso que la organización criminal tenga una cierta vocación de permanencia, de estabilidad¹⁶².

La jurisprudencia ha venido exigiendo, tradicionalmente, que el acuerdo entre los miembros de una organización delictiva tuviera una cierta permanencia o perdurabilidad en el tiempo, excluyendo del ámbito de la criminalidad organizada aquellos casos en los que el acuerdo o concierto fuera meramente esporádico¹⁶³.

Este requisito se concreta en la definición contenida en el art. 570 bis del Código penal, que exige que la organización tenga “*carácter estable o por tiempo indefinido*”. Esta descripción típica recogida en nuestro ordenamiento jurídico penal que utiliza la disyunción, nos obliga a interpretar que la estabilidad no comporta necesariamente que la organización tenga una *duración indefinida*, sino que es perfectamente posible que respecto de organizaciones o asociaciones de carácter transitorio pero que perduran un lapso de tiempo relevante, pueda predicarse esta característica de estabilidad o permanencia¹⁶⁴.

2.2.2. El grupo criminal

Tal como hemos señalado, la Ley Orgánica 5/2010, dota, por primera vez, de una expresa autonomía al concepto de *grupo criminal* en relación con el de *organización criminal*, que hasta ese momento habían sido interpretados de forma conjunta y como sinónimos. Esta decisión del legislador del 2010, responde, tal como reconoce en su Exposición de Motivos, a una especial preocupación por las nuevas formas de organización, concretamente las relativas al terrorismo *yihadista*, que cambian notablemente su configuración estructural funcionando en células aisladas y sin que pueda constatarse de manera clara la existencia de un

número, sino que ese número sea suficiente para afirmar la intercambiabilidad de los miembros a la hora de ejecutar el plan criminal de la asociación, lo que depende, una vez más del tipo de actividad delictiva que la organización pretenda emprender”.

159 Así, afirma FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 69-70 que “afirmar que para la existencia de una organización criminal basta en todo caso el acuerdo estable de tres personas hace que la línea divisoria entre la delincuencia organizada y la criminalidad en grupo o en cuadrilla propia de una banda de delincuentes quede muy desdibujada”; en sentido similar SILVA SÁNCHEZ y otros, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DAAGRA y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003, págs. 130-131.

160 Este requisito de la fungibilidad, a partir de un reparto inicial coordinado de cometidos o funciones en la organización, se ha visto reflejado en diversas resoluciones jurisprudenciales, así, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2006, 14 de diciembre de 2005 y 23 de junio de 2005.

161 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 71.

162 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 75-76; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Artículo 570 bis”, cit., pág. 1946.

163 Así, la Sentencia de la Audiencia nacional de 20 de junio de 2005, y la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001.

164 Así, señala FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 76, que “no se debe entender estabilidad como duración indefinida, aunque incluya esta posibilidad, sino como capacidad de mantenerse en el tiempo mientras dure la voluntad de los asociados”.

centro de decisión común a todas ellas¹⁶⁵. Sin embargo, no se define lo que sea el *grupo criminal* de una forma clara, sino que tal y como señala la Exposición de Motivos, se renuncia a toda definición, haciendo constar expresamente que se define “*precisamente por exclusión*”, o lo que es lo mismo, se define estableciendo lo que no es porque falta alguno o algunos requisitos¹⁶⁶. Según el Preámbulo de la LO 5/2010, la tipificación autónoma de los grupos criminales se deriva de la ausencia de alguno de los elementos propios para que pueda considerarse organización criminal, y porque aportan un “plus de peligrosidad criminal”, aunque no dejen claro cuál sea.

De este modo, el art. 570 ter del Código penal establece que debe entenderse por *grupo criminal* la “*unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior; tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas*”. Es decir, es evidente porque expresamente se señala que tanto la organización criminal como el grupo criminal comparten la finalidad de cometer delitos (o faltas) y el número mínimo de integrantes. La cuestión es la siguiente: ¿cuál o cuáles son esos requisitos que faltan para que no puedan ser considerados organizaciones criminales?

La doctrina en este punto es controvertida, y se han barajado diversas posturas. Así, por ejemplo, FARALDO CABANA¹⁶⁷ considera que en el caso de “grupo criminal” nos encontramos ante una estructura de menor complejidad que la organización criminal, entendiendo que se trata de “*una suerte de figura intermedia entre la codelinquencia y la organización criminal*”, lo que además respondería al interés de la Unión Europea

por no limitar la criminalización a grupos con una estructura altamente desarrollada.

Por el contrario, otros autores como CANCIO MELIÁ¹⁶⁸, afirman que lo único que puede faltar es la permanencia o estabilidad o la diversificación de funciones¹⁶⁹. En definitiva, no se trataría ni de grupo, ni de asociaciones, ni de organizaciones, sino que el legislador se estaría refiriendo a los supuestos de *codelinquencia*, o como se señala en la Exposición de Motivos, “*formas de concertación criminal*”. Es preciso señalar a este respecto que, mientras para la organización criminal, el art. 570 bis exige la *concertación y la coordinación*, en cambio en relación con el grupo criminal, el art. 570 ter solo exige la *concertación* entre los distintos sujetos. Como señala MUÑOZ CONDE¹⁷⁰ esta “*característica coincide con el primer elemento que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen al concepto de coautoría: el acuerdo previo; y también es bastante parecida al concepto de conspiración que se da en el art. 17.1 del Código penal*”. De este modo, se está introduciendo por vía indirecta y sin reconocerlo, una *conspiracy* general¹⁷¹ que provoca una extensión excesiva de las descripciones típicas de los delitos de organización. Sobre todo, si tomamos en cuenta diversas consideraciones que es necesario realizar en esta materia.

Efectivamente, si lo que se pretendía regular con la inclusión del grupo criminal, eran supuestos de *codeinquencia* a través de la figura de la *conspiración* o de la *coautoría*, a fin de evitar potenciales y, en mi opinión, inexistentes lagunas punitivas, lo correcto hubiera sido recurrir a estas figuras ya muy elaboradas en la parte general del Derecho penal que podrían dar perfecta cobertura a todas las posibles situaciones. De este modo, si se entiende que estamos ante supuestos de *conspiración*, su aplicación debería limitarse a de-

165 Esta preocupación se refleja claramente también en la Decisión Marco 2008/841/JAI sobre la lucha contra el terrorismo que apunta a un cambio de la forma de actuar de los terroristas, que incluiría la sustitución de grupos estructurados y jerárquicos por grupúsculos semiautónomos ligados entre ellos con flexibilidad.

166 Así, señala CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 9 que “*se define diciendo que algo falta, para aprehender “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual”*”.

167 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 112.

168 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 10.

169 Sostienen que la diferencia se encuentra en ausencia de un carácter estable o indefinido, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, cit., pág. 910; CARRETERO SÁNCHEZ, “La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal”, en *La Ley*, 2011-1, pág. 1513; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Artículo 570 bis”, cit., pág. 1927; SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley*, 2010-4, págs. 1785 y ss. En contra de este planteamiento se pronuncia FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 112-113 señalando que “*el grupo criminal, al igual que la organización criminal, puede tener por objeto o finalidad no sólo la comisión de delitos, sino también la de faltas reiteradas, lo que va más allá, necesariamente, de una mera unión transitoria para la comisión de una sola infracción*”.

170 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 910.

171 Esta expresión es la empleada por CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 10.

terminados delitos graves respecto de los que se declara expresamente y habría que imponer una pena inferior en uno o dos grados a la del delito de referencia. Sin embargo, en relación con la organización y grupo criminal, su ámbito de aplicación se extiende a todos los delitos y se castigan con una pena autónoma¹⁷².

Más relevante que lo anterior es el hecho de que si se trata de una conspiración, ésta sólo podrá sancionarse en aquellos supuestos en los que el delito en cuestión no se haya consumado, o al menos llegado a la fase ejecutiva, tanto si se concibe la conspiración como un acto preparatorio como si se entiende que es una forma de participación intentada. No ocurre esto en relación con los delitos de organización (organización y grupo criminal) que mantienen su autonomía y castigo, independientemente si se cometen o no delitos a través de estas estructuras. Es decir, se castiga la agrupación, concertación y coordinación de determinadas personas con la finalidad de cometer delitos, siendo indiferente si estos efectivamente se cometen o no. Acertadamente señala MUÑOZ CONDE¹⁷³ que este planteamiento que pudiera tener algún sentido en el caso de las organizaciones criminales, dada la exigencia de un carácter estable y que perdure en el tiempo, lo pierde por completo en relación con el grupo criminal, que puede ser incluso meramente coyuntural o estar relacionado con un delito en concreto¹⁷⁴. Parece que, en realidad el legislador del 2010, pretende castigar en estos supuestos una especie de “profesionalización” de la delincuencia, que se acerca peligrosamente a un inaceptable *Derecho penal de autor*.

Ya había puesto de relieve MARTÍNEZ GARAY¹⁷⁵ que si la definición de criminalidad organizada o de organización criminal, no se realizaba con escrupulosidad y absoluta precisión “*existe el riesgo, ante la multiplicidad de fenómenos que a priori pueden ser englobados en dicho término, de aplicar un régimen penal*

y/o procesal endurecido pensado para grandes estructuras transnacionales a grupos que no constituyan más que bandas, grupos o grupúsculos poco organizados, agrupaciones esporádicas o simples formas de autoría y participación”. Y la advertencia realizada por esta autora se cumplió. La definición, o más bien la falta de ella, de *grupo criminal* que contiene el Código penal español, supone incluir en el ámbito de la criminalidad organizada supuestos de acuerdo ocasional o transitorio para delinquir, característicos de la codelinquencia, lo cual es absolutamente inaceptable.

No puede estar más acertado CANCIO MELIÁ¹⁷⁶ cuando afirma “*que el legislador hable en el Preámbulo, para justificar el atropello cometido, de la ‘la seguridad jurídica, la efectiva vigencia del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos’ parece ante esta dejación de toda definición que se empeña en calificar, precisamente, de definición, una cínica burla*”.

Dado que el art. 571 del Código penal, remite en su definición de las organizaciones y grupos terroristas a los conceptos de organizaciones y grupos criminales comunes, es de aplicación todas las consideraciones realizadas hasta este momento. La diferencia entre ambas manifestaciones de la criminalidad organizada radica, como ya hemos señalado en la concurrencia de alguna de las finalidades específicas previstas en el apartado 3.º del art. 571, esto es, *subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública*; en definitiva, se remite al *elemento teleológico* que delimitaremos a continuación. Si bien, considero, de manera previa, hacer una breve referencia al supuesto del denominado “*terrorismo individual*”.

2.3. El “terrorismo individual”

Como hemos expuesto hasta el momento, tradicionalmente la doctrina mayoritaria¹⁷⁷ ha venido enten-

172 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *ibidem*.

173 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 910.

174 Así, como pone de manifiesto CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág., 11, “*en las hipótesis del elenco de penas correspondiente al grupo criminal —art. 570 ter 1 a) y b)— se habla de cometer un solo delito grave, se observa que no es exagerada la afirmación de que se ha abolido el régimen de autoría y participación*”; en un sentido similar, MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 18.ª ed., cit., pág. 912 y 913 quien afirma que la situación que se crea con esta nueva regulación “*supone desde el punto de vista político-criminal una exacerbación de la penalidad en este tipo de hechos, más allá de la idea de proporcionalidad, y desde el punto de vista dogmático, la derogación de las reglas generales que regulan la codelinquencia*”.

175 Cfrs. MARTÍNEZ GARAY, “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el Proyecto de Reforma del Código penal”, en *Revista General del Derecho Penal*, n.º 7, 2007, www.iustel.com, pág. 12.

176 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, cit., pág. 11.

177 Cfrs. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas y terroristas*, cit., pág. 153; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 229; la misma, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, cit., pág. 959; BLAY VILLASANTE, “Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes”, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XI, Madrid 1990, pág. 114; RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia 1993, págs.

diendo que el injusto de los delitos de terrorismo se fundamenta, esencialmente, en el elemento estructural u organizativo que es el que permite determinar una particular y especial peligrosidad para los bienes jurídicos protegidos en los correspondientes delitos, derivada de la forma sistemática en la que realiza su actividad y la coordinación de las actuaciones de sus miembros en orden a la comisión de un número indefinido de delitos¹⁷⁸.

El Tribunal Constitucional ha afirmado de manera categórica que el terrorismo se manifiesta principalmente a través de la actividad de organizaciones y grupos, como ya puso de relieve en varias de sus sentencias¹⁷⁹. Sin embargo, con el Código penal de 1995, se introduce una nueva figura delictiva sin antecedente en el ordenamiento jurídico español, el denominado *terrorismo individual*, que se incorpora con el art. 577 del Código penal. Este precepto determina la agravación de la pena de determinados delitos cometidos por sujetos que, sin pertenecer a organización o grupo terroris-

tas, actúan con la finalidad de subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o la de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional¹⁸⁰.

Resulta evidente la incompatibilidad de esta figura delictiva con el elemento estructural y organizativo propio del concepto tradicional de terrorismo, permitiendo calificar como terroristas conductas “individuales” que nada tienen que ver con ese fenómeno, pese a que sus actos concretos puedan constituir una coacción a un Gobierno o sean susceptibles de alterar la paz pública¹⁸¹. La cuestión radica, por tanto, en optar por alguno de los siguientes planteamientos: o bien el elemento estructural no es tan nuclear, esencial y necesario como se había venido considerando tradicionalmente¹⁸², o bien, por el contrario, el denominado “terrorismo individual” quebranta el concepto de terrorismo de nuestro ordenamiento jurídico, constituyendo otro fenómeno distinto, pero no terrorismo¹⁸³. O bien, una tercera op-

102-103 quien afirma que “*el criterio definitorio legal para el terrorismo pasa a ser la autoría, esto es, la noción de grupo...no hay terrorismo si el protagonista no es un grupo organizado...*”; MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, cit., pág. 322.

178 Cfrs. GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 76; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 260.

179 Sentencia del Tribunal Constitucional 89/1993, de 12 de marzo; del mismo modo, Sentencia 199/1987, de 16 de diciembre que afirmaba lo siguiente: “*el terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como ‘terroristas’ se manifiesta, ante todo, como una actividad propia de organizaciones o grupos, de ‘bandas’, en las que usualmente concurrirá el carácter de ‘armadas’*”.

180 La redacción actual de este precepto se deriva de la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre.

181 Cfrs. CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la Ley Orgánica 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, nº 44, Julio 2002, pág. 25.

182 Cfrs. EBILE NSEFUM, *El delito de terrorismo*, cit., pág. 135. En esta línea señala CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 37 que “*el factor organizativo no puede reputarse, pese a lo anteriormente expuesto, como un elemento de la definición del terrorismo, pues no deja de ser un dato criminológico real, que llevará en la mayoría de los supuestos contemplados a incardinar al terrorista en el seno de una banda armada, pero no puede erigirse en elemento formal de la definición*”. También se pronuncia por negar a la necesidad de actuación de grupos organizados y armados, su concepción como elemento formal del terrorismo, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho*, cit., pág. 60. GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, cit., pág. 73 afirma que resulta perfectamente posible que un acto terrorista sea ejecutado por un sujeto que no se halle integrado en organización alguna “*... lo esencial es practicar actos de violencia que constituyen delitos comunes con una finalidad de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública, siendo indiferentes si se realizan en el seno de una organización o se cometen individualmente*”. Posición contraria mantiene MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia nacional*, cit., pág. 167 que entiende que la legislación antiterrorista en España había vinculado, necesariamente el concepto de delincuencia terrorista a la actuación de determinados grupos organizados y armados; LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, cit., págs. 959-960; la misma, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 537.

183 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 69, quien en la nota 39, afirma críticamente que “*los comentaristas del nuevo Código han acuñado la expresión ‘terrorismo individual’ para este grupo, aunque paradójicamente las manifestaciones de káله borroka que dieron origen al nuevo tipo penal son actuaciones coordinadas de activismo de grupo. Su poder intimidatorio reside más que en las acciones en sí, cuya gravedad las sitúa en serias alteraciones del orden público, en su función amplificadora de la amenaza del grupo terrorista de referencia*”; GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 77; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 260-261; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 189.

184 Cfrs. ASUA BATARRITA, “El discurso del enemigo y su infiltración en el derecho penal”, cit., pág. 250; CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 261 y 270.

ción: que la denominación de “terrorismo individual” sea sólo aparente¹⁸⁴.

A pesar de la regulación contenida en el art. 577. no resulta nada sencillo aprehender el hecho de que un sujeto aislado, sin conexión alguna con una organización terrorista, tenga capacidad, al menos potencial, para poder subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública¹⁸⁵, porque lo que produce ese efecto es el carácter sistemático de sus actividades y la repetición de los ataques que originan el temor y la intimidación en la sociedad, lo que se deriva de la estructura organizada, que es la única que está en condiciones de desplegar los medios típicos y de plantear la proyección estratégica exigida. Y, precisamente por ello, “la organización es el concepto dogmático nuclear; la case de toda la configuración de los tipos”¹⁸⁶, recogidos en las figuras de terrorismo contenidas en Derecho español. En mi opinión, queda por tanto rechazada la primera de las opciones, por cuanto el elemento estructural es nuclear y esencial para lograr los fines y objetivos perseguidos por los delitos de terrorismo.

Es preciso señalar que el *terrorismo individual* no ha constituido un problema real en nuestro país, y hasta fechas muy recientes, nunca se había aplicado este precepto a un individuo que actúe de forma absolutamente aislada. Así, su ámbito de aplicación se

había reducido a supuestos de *violencia callejera* o *kale borroka*, en los que, mediante la comisión de delitos realizados por sujetos que no pertenecían a una organización terrorista, pretendían apoyarla actuando colectivamente¹⁸⁷. Sin embargo, a partir de ese momento, como veremos, se amplía el ámbito de aplicación del art. 577 a supuestos que poco o nada tienen que ver, no sólo con el terrorismo, sino ni siquiera con esa “violencia callejera”¹⁸⁸.

Señala CANCIO MELIÁ¹⁸⁹ que la realidad empírica aconseja distinguir en el contexto del denominado terrorismo individual, dos fenómenos distintos y con distinta relevancia:

- la figura del autor (verdaderamente) *aislado*, de una serie de hechos delictivos gravísimos (*terroristas*), con o sin pretensiones “políticas” en sentido estricto.
- el sujeto que actúa a título de *adhesión* a un proyecto realmente existente, pero sin que exista o, al menos no pueda probarse, un vínculo con la organización terrorista¹⁹⁰.

En el primero de los supuestos, parece claro que no concurre la proyección estratégica exigida por el ordenamiento jurídico, esto es, “*un autor aislado no puede, materialmente, pretender subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, en el sentido de las presentes infracciones (...)... la pérdida*

185 Así, por ejemplo, puede citarse el caso de Theodore John Kaczynski, conocido como *Unabomber*, quien entre 1978 y 1995 envió 16 cartas bombas a diversos objetivos incluyendo universidades y aerolíneas, provocando tres muertes e hiriendo a 23 personas. De una *ideología* de carácter *radical*, opuesta al desarrollo de la *revolución digital*, a la *inteligencia artificial* y a todo avance científico que se apoye en la *informática*, pretendía con sus acciones dar a conocer a la sociedad sus convicciones y conseguir la eliminación de todo el progreso tecnológico de la vida cotidiana. Fue considerado como terrorista y condenado a cuatro cadenas perpetuas en Estados Unidos, sin embargo, y a pesar de lo grave de sus conductas resulta evidente que carecía de capacidad para conseguir tanto la finalidad que perseguía como cualquier otra de las exigidas por las figuras de terrorismo. Similar argumentación se puede realizar respecto de los acontecimientos ocurridos en Noruega en julio de 2011, cfrs. *supra* nota 4.

186 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 261.

187 En este sentido, vid. el Auto del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2003, y la Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007.

188 Así, se ha acabado condenando como terrorismo del art. 577 del Código penal, lo que no son sino desórdenes públicos, vid. Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006.

189 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 261 y ss.

190 El tratamiento jurisprudencial del art. 577 ha variado notablemente a lo largo de su vigencia, pudiéndose detectar una imparable ampliación de su ámbito de aplicación. Hasta 2004, se venía exigiendo que los comportamientos realizados implicasen un apoyo claro y expreso a una organización terrorista o a sus fines criminales, vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2001; a partir de 2004, se aplica respecto de los delitos de amenazas realizados por personas del entorno de organizaciones terroristas a miembros de partidos políticos, a algunos medios de comunicación y a distintas autoridades, vid. la Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de marzo de 2006, las Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2006, 7 de marzo de 2005 y 23 de diciembre de 2004, y el Auto del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005. Sin embargo, a partir de ese momento se comienzan a castigar conductas que no tienen nada que ver no sólo con el terrorismo propiamente dicho, sino ni siquiera con esta especie de “*violencia callejera*” o “*terrorismo de baja intensidad*”, condenando conductas constitutivas de desórdenes públicos para lo que se equipara la paz pública a la mera seguridad en las calles, vid., Auto del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006. Por ello, ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 69 pone de relieve, muy acertadamente, que la frontera entre el art. 577 y los delitos de desórdenes públicos está diluida.

de esta visión restrictiva podría incluso conducir a la calificación de 'terrorista' de cualquier asesino en serie"¹⁹¹.

Más complicado resulta el segundo de los supuestos, esto es, aquellos sujetos que se adhieren, al menos simbólicamente a una organización terrorista existente, o bien se integran en alguna organización no terrorista, pero próxima o *del entorno* de una que sí lo es. En estos casos, resulta claro que existe una organización detrás de las conductas de los sujetos, bien sea porque se adhieren a un proyecto terrorista, bien sea porque pertenecen a una organización que no se ha podido calificar como terrorista, pero que se encuentre en su entorno.

En realidad, como muy acertadamente señala CANCIO MELIÁ¹⁹² "resulta difícil sustraerse a la impresión de que el legislador persigue no tanto aprehender en este tipo una forma de verdadero terrorismo, como castigar una mera actitud subjetiva o evitar determinados problemas de prueba en relación con la conexión de los autores con la organización".

En mi opinión, estos casos de actuación en organizaciones periféricas a las terroristas en sentido estricto, no pueden entenderse, en ningún caso, como actuaciones *individuales* por cuanto existe un elemento organizativo detrás; y tampoco pueden considerarse así, los supuestos denominados de adhesión a la organización terrorista o sus fines, porque con ello se estaría tratando de enmascarar la incapacidad de las instituciones del Estado de probar claramente la vinculación con la organización terrorista de turno. Y esta incapacidad de prueba no puede servir de justificación para la creación de normas que vulneran las garantías penales y procesales en aras de "lo útil" y de una respuesta potencialmente eficaz.

Así, considero que el art. 577 del Código penal constituye una manifestación más del Derecho penal del enemigo que se ha instaurado en nuestro ordena-

miento jurídico en esta materia, y, por tanto, debe ser derogado¹⁹³; sobre todo, en el momento actual en el que el problema del terrorismo nacional propio de nuestro país, se encuentra en vías de solución, y ha dejado de ser una de las principales preocupaciones de los ciudadanos, cuanto más, porque los comportamientos de esa presunta violencia callejera que motivó su introducción son prácticamente inexistentes desde hace tiempo.

3. El elemento teleológico: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública

3.1. Delimitaciones previas

Tal como hemos visto hasta el momento, los delitos de terrorismo se caracterizan porque en los sujetos que realizan las conductas típicas correspondientes concurre una finalidad: **alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional**. Es decir, la delincuencia terrorista persigue una finalidad que desborda el delito común siendo, precisamente, ésta una de las notas diferenciadoras entre ambas manifestaciones criminales¹⁹⁴; y esa finalidad se condensa en subvertir, total o parcialmente, el orden político constituido.

Así, ya decíamos que el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 199/1987 ponía de relieve que el terrorismo no solamente lesiona bienes jurídicos individuales, sino que pone en peligro el propio orden democrático. En esta Sentencia se comienza indicando que no cabe excluir por principio la aplicación de la normativa antiterrorista a "grupos u organizaciones criminales sin objetivo político alguno", es decir, a los grupos criminales comunes; pero, seguidamente lo que pudiera parecer la eliminación del elemento teleológico se torna en un intento de objetivarlo pues, al postular una interpretación confesadamente restrictiva, resulta que debe reputarse inconstitucional cualquier extensión de

191 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 262, donde señala en la nota 767 que "en el lenguaje de los medios de comunicación, este camino se transita ya en ocasiones", haciendo referencia al tratamiento que otorgaron los medios de comunicación norteamericanos al caso de los dos francotiradores que actuaron a finales del año 2002 en Washington DC y en el Estado de Virginia. Similar alegación podría realizarse respecto de los hechos ocurridos en Noruega en Julio de 2011, que fueron castigados como delitos de terrorismo, lo que resulta altamente criticable, ya que, como señala CANCIO MELIÁ, *ibidem*, aunque el "terrorismo" del autor individual tenga "la pretensión, propia de la utilización de los medios específicamente terroristas, de hacer política, (...) fracasa en el propósito por la ausencia del elemento esencialmente colectivo de toda política".

192 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., págs. 267 y ss.

193 Cfrs. CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 271; GÓMEZ MARTÍN, "Notas para un concepto funcional de terrorismo", cit., pág. 77; FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas u organizaciones criminales*, cit., pág. 189 quien afirma que "con el fin de no relativizar el elemento estructural del concepto de terrorismo parece preferible entender que pese a su ubicación sistemática entre los delitos de terrorismo, el art. 577 del Código penal no recoge un delito de esta naturaleza, sino un delito común, siendo más adecuada otra ubicación sistemática, por lo que urge su reforma".

194 Cfrs. CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 27.

la normativa a “*personas o grupos que actuaran con armas sin provocar el terror en la sociedad ni pretender alterar el orden democrático y constitucional del Estado de Derecho y sin ponerlo objetivamente en peligro*”¹⁹⁵. De igual forma, en la Sentencia 48/2003, de 12 de marzo, configura un concepto de terrorismo sobre la base del propósito de difundir una situación de inseguridad por la repetición de actividades con una capacidad intrínseca necesaria para producir esa situación de terror en la colectividad.

Por consiguiente, tal como afirma LAMARCA PÉREZ¹⁹⁶ “*se trata de ofrecer un tratamiento jurídico unitario frente a las ‘formas delictivas que suponen en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social o democrático de Derecho’, es decir, se trata de combatir cualquier género de delincuencia organizada subjetiva u objetivamente política*”.

Ahora bien, ¿qué alcance tiene esa finalidad? ¿Se trata de un resultado objetivo o de una intencionalidad subjetiva? Vayamos por partes.

En un primer análisis cabría entender que el elemento teleológico se hace presente allí donde una infracción lesiona el modelo de convivencia o las instituciones en que aquél se manifiesta¹⁹⁷. Sin embargo, es evidente que una definición tan amplia y genérica no puede, ni debe, ser aceptada por el Derecho penal, ya que, en las condiciones señaladas, toda conducta o ilícito penal, podría ser calificado como delito de “*finalidad política*”. Efectivamente, si entendemos que el Código penal como el resto del ordenamiento jurídico, supone la plasmación normativa de un determinado sistema político que establece una serie de pautas y normas de convivencia, cualquier actuación delictiva supone una vulneración de esa convivencia y, consecuentemente, según la definición otorgada reuniría el elemento teleológico mencionado. Es evidente que una definición de tal amplitud no puede aceptarse.

En relación con la delincuencia terrorista, tanto la finalidad que persigue como el motivo de su incriminación responde al criterio de la exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación en el poder; consiguientemente, la relevancia penal de lo político en

el Estado de Derecho se circunscribe a los supuestos de alteración del orden constitucional y sólo cuando los mismos se encaminen a través de procedimientos extraconstitucionales¹⁹⁸. Así, el elemento teleológico en el delito de terrorismo no tiene, pues, un contenido más amplio que la específica finalidad política de alteración del orden constitucional.

Con relación a esta finalidad afirma PRATS CANUT¹⁹⁹ que “*la voluntad de atentar contra el orden constitucional o la paz pública no puede presumirse sino que la misma debe acreditarse, o como mínimo no tomarse en consideración, cuando concurre un ánimo específico acreditado, como puede ser una reivindicación propia del derecho al trabajo, del derecho al ambiente, del derecho a la educación, etc.*”.

El concepto de paz y orden público o constitucional dependerá directamente del tipo de régimen político en que se incardine la legislación penal concreta. Así, nuestro texto constitucional sitúa el fundamento del orden político y la paz social en el respeto a la dignidad de las personas y los derechos inviolables que le son inherentes, sin perjuicio del respeto a la ley y a los derechos de los demás. De este modo, afirma PRATS CANUT²⁰⁰ que “*el ejercicio de derechos fundamentales merece el amparo y no el reproche del ordenamiento, por lo que, el que se mueve dentro de este marco delimitado por el contenido del derecho público subjetivo, actúa conforme a la norma y no en contradicción con ella*”.

Ahora bien, la mayoría de los actos terroristas esgrimen unas finalidades que tratan de vincular con el ejercicio y/o reclamación de derechos constitucionales; no obstante, independientemente de la veracidad o no de la anterior afirmación, el medio reivindicativo que utilizan (la violencia) los hace incompatibles con otros derechos y libertades fundamentales, en tanto en cuanto se separan de las vías legal y constitucionalmente establecidas para la manifestación de cualquier opinión discrepante o para la reivindicación de cualquier derecho, y es por ello que deben ser deslindadas para contrastarlas y para hacer resaltar cuál sea su móvil primordial. Así, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de Noviembre de 1991, el ejercicio de un derecho fundamental en una sociedad democrática no puede ser objeto de sanción penal, ya que la fina-

195 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común”, cit., pág. 960.

196 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, ult. op. cit., pág. 961.

197 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 544.

198 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 546.

199 Cfrs. PRATS CANUT, en en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, 3.ª ed., 2004, pág. 2302.

200 Cfrs. PRATS CANUT, ibídem.

alidad del Derecho penal no es otra que la de sancionar solamente los hechos que atenten contra la vida social y la paz pública entendida en el sentido constitucional; y ello porque, en nuestro sistema democrático hay cauces sobrados para canalizar las reivindicaciones y protestas sin recurrir a la violencia²⁰¹.

El problema se centra en determinar cuál es la **naturaleza** de este elemento teleológico recogido en nuestro ordenamiento jurídico, y considerado esencial para poder determinar la concurrencia de supuestos de terrorismo. Un importante sector doctrinal²⁰² ha considerado que nos encontramos en presencia de un **elemento subjetivo del injusto**, que consiste en que el integrante de una organización terrorista debe actuar buscando, con la realización de su comportamiento, alguna de las dos pretensiones mencionadas por el precepto: 1. subvertir el orden constitucional y, 2. alterar gravemente la paz pública.

No es el lugar adecuado para entrar a analizar una construcción tan compleja como es la de los elementos subjetivos del injusto²⁰³, pero sí debemos realizar algunas precisiones al respecto a fin de delimitar el tipo delictivo que estamos analizando. El principal problema que plantean los elementos subjetivos del injusto es su delimitación con los elementos subjetivos especiales de la culpabilidad; en este sentido, afirma ROXIN²⁰⁴ que *“no es posible ubicar los elementos subjetivos sin más en el tipo aduciendo como fundamento que los mismos fundamentan o refuerzan el juicio de desvalor social sobre el hecho, pues el juicio de desvalor social no distingue entre injusto y culpabilidad”*. De este modo, sostiene que la idea rectora para la delimitación debería de ser la referencia al tipo, dado que un elemento subjetivo puede caracterizar el tipo al referirse al bien jurídico protegido, pero también puede cooperar a determinar el tipo delictivo caracterizando el objeto de la acción típica, la forma de menoscabo o tendencias relevantes para el injusto²⁰⁵. En cambio, cuando un ele-

mento no se refiere al tipo delictivo, sino que se centra en describir móviles, sentimientos y actitudes internas independientes, se trata de elementos de la culpabilidad. De este modo, la referencia al tipo delictivo como criterio rector para delimitar lo que sean elementos subjetivos del injusto debe mantenerse, pero se hace necesario realizar una aclaración al respecto: no existe un criterio genérico válido para determinar cuándo nos encontramos ante un elemento de este tipo, sino que su calificación debe realizarse tras el análisis de cada uno de los tipos de la Parte Especial²⁰⁶.

Sobre esta base, podemos afirmar que el elemento teleológico o finalidad exigida para la afirmación de la existencia de acciones delictivas realizadas por organizaciones terroristas, se configura como un elemento subjetivo del injusto. Y ello es así, por dos razones, en primer lugar porque se refiere al bien jurídico protegido, y en segundo lugar, porque su presencia es lo que convierte determinados ataques a determinados bienes jurídicos (vida, integridad física, etc.) en delitos de terrorismo. Efectivamente, no cualquier ataque violento a determinados bienes jurídicos individuales que sean realizados por bandas u organizaciones armadas, incluso aunque lleguen a producir terror y alarma en la sociedad, puede calificarse como actividad terrorista. La diferencia fundamental entre la criminalidad común (asociativa o no)²⁰⁷ y la criminalidad terrorista, radica precisamente en la finalidad perseguida por cada una de ellas; finalidad (subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública) que se configura como elemento del tipo, por cuanto sin su concurrencia estaríamos ante otras figuras delictivas distintas de las de terrorismo.

Esta característica de la concurrencia de la finalidad descrita en el texto penal, es, como ya hemos dicho reiteradamente, la más definitiva de la criminalidad terrorista; de este modo, la concurrencia del elemento subjetivo del injusto señalado nos permite afirmar la existencia de la organización terrorista, permitiendo

201 La participación en la vida democrática como cauce para la expresión de la discrepancia se ha convertido en un punto de partida fundamental para analizar, incluso, la categoría de la culpabilidad. En esta línea NIETO MARTÍN, *El conocimiento del derecho*, Barcelona 1999, págs. 27 y ss.

202 Cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 18.ª ed., cit., pág. 923; PRATS CANUT, *Comentarios al nuevo Código penal de 1995*, cit., pág. 2301; CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., pág. 44; ASUA BATARITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 74.

203 Sobre los elementos subjetivos del injusto, vid., Díez RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia 1990; POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972.

204 Cfrs. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 311.

205 Cfrs. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 312.

206 Cfrs. ROXIN, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 314.

207 No podemos olvidar que, tal como hemos señalado, el elemento estructural ya no es imprescindible para todas las figuras de delitos terroristas, y ello, porque el legislador, mediante la Ley 7/2000, ha dado entrada a la figura del terrorista individual.

diferenciarla de la criminalidad común, con base en el fin o intención que conllevan las actividades que realizan los miembros de la misma. Consecuentemente, es, precisamente, el elemento subjetivo del injusto que estamos analizando el que nos sirve para configurar la concurrencia de actividades delictivas de carácter terroristas y diferenciarlas de otras que por más atroces e injustificables que resulten, no conllevan tal finalidad.

Ahora bien, la constatación de la concurrencia de dicho elemento debe verificarse. Así, en relación con la *finalidad de subvertir el orden constitucional*, es preciso determinar que de la entidad del delito o de las circunstancias en las que se realiza, se deduce la pretensión de incidir o de alterar procesos políticos o de decisión institucional; mientras que la constatación de que se actúa con la finalidad de causar una *grave alteración de la paz pública*, debe deducirse del contexto, sea por tratarse de actividades ordenadas desde una organización o grupo terrorista, sea por los medios de especial contundencia lesiva y de peligro para la generalidad. De este modo, la interpretación restrictiva de estos elementos “*garantiza la contención de la tensión expansiva de estos que puede derivar hacia connotaciones propias del repudiado*” ‘Derecho penal del ánimo’, ‘Derecho penal del autor’²⁰⁸.

Doble puede ser, pues, la finalidad perseguida por las bandas armadas y organizaciones terroristas: bien subvertir el orden constitucional, bien alterar la paz pública gravemente.

3.2. Las “finalidades” del terrorismo

La primera de las finalidades señaladas, esto es, *subvertir el orden constitucional* puede interpretarse como todo intento de alterar el orden establecido, concreta-

mente el Estado social y democrático de Derecho reconocido en el art. 1 de la Constitución; es decir, se busca producir la modificación del sistema político (democrático) empleando medios idóneos para producir terror, miedo o alarma en la población; o dicho de otro modo, se pretende la alteración de los procedimientos dispuestos en la sociedad democrática para la resolución de conflictos y controversias²⁰⁹.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la L.O. 2/1998, de 15 de junio, “*subversión del orden constitucional*” significa la destrucción violenta o por medio ilegítimos del Estado democrático y de sus instituciones²¹⁰.

Señala, acertadamente, ASUA BATARRITA²¹¹ que “*no se trata de reprobación de la pretensión de alterar el orden constitucional dado en un momento histórico, que no es estático e inamovible, sino la pretensión de alterar mediante el terror los procedimientos de participación política y de propuesta de proyectos de transformación de la organización institucional o de la distribución del poder*”²¹². Estos proyectos de transformación, *per se*, no son incompatibles con la democracia, ni *subvierten* el orden constitucional²¹³, por lo que no pueden ser objeto de reproche²¹⁴.

Es decir, la finalidad analizada no puede ser interpretada de un modo tan amplio que determine que la expresión de la propia ideología, aspiraciones políticas de transformación del sistema social o institucional, que se realicen por los cauces legalmente establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, por mucho que puedan implicar una modificación o reforma de nuestro sistema constitucional, sea considerada como subversión del referido orden constitucional.

Pero tampoco puede ser interpretada de una forma tan restrictiva que, sobre la base de una artificiosa di-

208 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 78.

209 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 82.

210 En este sentido, MARTÍNEZ CALDOS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, cit., págs. 479 y 482, mantiene que el terrorismo es explicado históricamente como modo de dominación política, y desde el punto de vista sociológico, el fin último del terrorismo es la conquista del poder; ASUA BATARRITA, *ibidem*.

211 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 83.

212 Así, por ejemplo, propuestas que conllevan una importante modificación institucional, como la petición de independencia para determinados territorios del Estado español (Cataluña, Euskadi, Galicia, etc.), de un Estado Federal, la transformación de España a un sistema republicano, etc.

213 Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su Sentencia de 9 de abril de 2002, (*Yazar, Karatas, Aksoy y el partido de trabajo del pueblo contra Turquía*), señala que el propugnar el derecho a la autodeterminación, como tal, no es incompatible con los principios fundamentales de la democracia; de prohibirse tales reclamaciones a un partido político por considerar que con ellos se apoya los actos de terrorismo de los grupos que los practican por la misma causa, se estarían disminuyendo las posibilidades de tratar tales cuestiones en el marco de un debate democrático, lo que permitiría a los movimientos armados monopolizar la defensa de esos principios.

214 Cfrs. GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 81; LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit., pág. 89; ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 76; GONZÁLEZ CUSSAC, “El Derecho penal frente al terrorismo”, cit., págs. 60 y ss.; GARCÍA ARAN, en *Comentarios al Código penal, Parte especial*, cit., pág. 2603 y ss.

ferenciación entre fines que suponen al subversión o destrucción del orden constitucional, y aquellos otros que pretenden su defensa o protección, solamente los primeros puedan ser considerados como finalidad de subvertir el orden constitucional a los efectos de los delitos de terrorismo, dejando fuera de su ámbito de aplicación los segundos (esto es, un terrorismo reaccionario o vigilante que pretende defender el orden constitucional vigente de los ataques que pueda sufrir).

Este planteamiento es el mantenido en la Sentencia de la Audiencia Nacional, de 20 de Septiembre de 1991 (caso Gal, Amedo y Domínguez), que calificó como asociación ilícita su comportamiento, desvinculándolo de los delitos de terrorismo, sobre la base de que su pretensión no era subvertir el orden constitucional establecido, sino precisamente la contraria, esto es mantenerlo y defenderlo. No es, en absoluto, correcto el planteamiento realizado por la Audiencia Nacional en esta Sentencia porque resulta innegable que el orden constitucional que pretende protegerse resulta igualmente afectado por los comportamientos de quien realiza un *terrorismo subversivo o insurgente*, encaminado a lograr su transformación o derogación, como por quien utiliza un *terrorismo reaccionario o vigilante*, que pretende lograr su preservación. Analizaremos más detenidamente el tema en el epígrafe dedicado al *terrorismo de Estado*.

El segundo de los fines enunciados por el art. 571, esto es, *alterar gravemente la paz pública*, debe entenderse como el intento deliberado y organizado de perturbar grave, prolongada y reiteradamente la normalidad de la vida de la sociedad en general. Así, el Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/1987, ha definido la alteración grave de la paz pública como *“una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delic-*

tiva (terrorismo)”, idónea para atemorizar a la población *“con tal intensidad que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social”*.

Es decir, la paz pública se refiere a las condiciones básicas necesarias para la convivencia ciudadana, y a la seguridad en el ejercicio de los derechos y libertades sin temor alguno²¹⁵. Se trata de situaciones evidentes y constatables de constricción de la libertad respecto de personas o colectivos, hostigados por amenazas y que es susceptible de extenderse a la población en general²¹⁶. Este planteamiento ha permitido atribuir naturaleza propiamente terrorista a los altercados y desórdenes realizados *de modo reiterado*, en espacios públicos y susceptibles de crear alarma social²¹⁷.

También nuestros Tribunales han entendido este elemento de la forma descrita, de manera que en el enjuiciamiento a miembros de organizaciones terroristas expresan, como finalidades de esas, la desestabilización del sistema político²¹⁸. Sin embargo, esta interpretación del elemento teleológico no siempre ha sido tan clara y evidente en la realidad jurisprudencial y, como veremos, determinadas resoluciones judiciales han dado lugar a interpretaciones distintas de las aquí mantenidas y, en mi opinión, altamente discutibles y criticables.

3.3. El terrorismo de Estado

Un claro ejemplo de lo que acabamos de mencionar es la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de septiembre de 1991, Sección 3ª (caso Amedo) que con su fallo abrió la polémica sobre si la finalidad o resultado “político”, que integra sin duda la noción de terrorismo, debe concretarse en la alteración del orden constitucional entendida únicamente como cambio o modificación del mismo, o si la interpretación debe ser más

215 Cfrs. ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., pág. 79, donde afirma que es preciso diferenciar los ataques a la paz pública de los desórdenes públicos, dado que el orden público se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en los espacios públicos. Así, señala que las *“alteraciones ocasionales de la tranquilidad en espacios determinados afectan al orden público, pero no alcanzar la capacidad de conmocionar de forma intensa y prolongada la paz pública”*.

216 Resulta muy clarificador el ejemplo utilizado por CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo*, cit., pág. 187, al señalar que *“los atentados del 11 de Marzo de 2004 en Madrid pueden ser entendidos —al margen de otras lecturas complementarias— como dirigidos a modificar puntualmente la política exterior de España. Es decir, que no perseguían en sentido estricto subvertir el orden jurídico-constitucional del Estado, y, sin embargo, sí son, de modo evidente, de carácter político: es en este sentido que debe interpretarse la ‘alteración grave de la paz pública’”*.

217 Así, se ha calificado como organización terrorista, la asociación juvenil del entorno de ETA, JARRAI-HAIKA-SEGI, cuya actividad consistía, principal aunque no exclusivamente, en la violencia callejera; vid. Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2001, y, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 2007 en la que se varía la fórmula de descripción de la paz pública al establecer que éste es el aspecto de la paz social, que se funda, según el art. 10 de la Constitución Española en el respeto a la ley y a los derechos de los demás.

amplia abarcando supuestos que supongan un ataque a las bases, métodos y principios democráticos, independientemente de que se busque o no una destrucción del orden establecido. Efectivamente, la citada Sentencia recoge en su Fundamento Decimotercero que “...la asociación ilícita requiere la existencia de una pluralidad de sujetos y de una estructura jerárquica estable con unos objetivos sistemáticos que trasciendan a los actos delictivos concretos, notas en las que concuerda la doctrina científica, la pertenencia a bandas armadas, como finalidad específica y agravada, además de acentuar, si cabe, el vigor y consistencia del elemento organizativo, utiliza la violencia con un carácter instrumental, como una estrategia orientada hacia una finalidad política, presupuesto teleológico que puede sintetizarse en la fórmula ‘destruir el orden constitucional’”, lo que le lleva a concluir que en el caso que nos ocupa, no se trata de un delito de asociación terrorista sino de mera asociación ilícita común por cuanto la finalidad perseguida por dichos funcionarios no es la de oponerse al sistema constitucional, es decir, “su conducta no se encaminaba hacia un ataque a la independencia e integridad del territorio nacional, ni a impedir el ejercicio de las libertades, ni a la sustitución en la forma de Gobierno y de Estado establecidas en la Constitución, sino más bien a defender la estabilidad del sistema, aunque por métodos jurídicamente repudiables”.

Lo que, claramente, se deduce de esta Sentencia es que sólo puede hablarse de terrorismo cuanto tiene un claro carácter subversivo concebido como la pretensión de cambiar o modificar el sistema establecido, mientras

que si los hechos “terroristas” persiguen la “conservación del orden constitucional” deben ser considerados como crimen común²¹⁹; de este modo, el rasgo esencial del concepto jurídico de terrorismo sería la concreta finalidad de alterar o destruir el sistema constitucional, y no la genérica finalidad de subvertir el mismo.

Esta nueva orientación jurisprudencial, tal como afirma LAMARCA PÉREZ²²⁰ “...consagra una discriminación o, si se quiere, una diferenciación entre fines políticos terroristas (reprobables) y fines políticos no terroristas (menos reprobables), pues parece fuera de toda duda que la defensa o conservación del sistema constitucional es, del mismo modo que su cambio o modificación, un fin político”²²¹.

Ante esta Resolución de la Audiencia Nacional es necesario hacer algunas observaciones. En primer lugar, y desde el prisma de una interpretación gramatical respetuosa del principio de legalidad es necesario señalar que no hay fundamento alguno para entender que la finalidad “política” del terrorismo es aquella dirigida, exclusivamente, a “deteriorar o destruir” el orden constitucional. Ciertamente, entre las acepciones que recoge el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española del término “subvertir” utilizado por el Código penal se encuentra la acepción *destruir*, pero también las de *revolver* y *trastornar*, y entre las acepciones de estos dos últimos términos se encuentran las de “alterar el buen orden y disposición de las cosas”, “invertir el orden regular de una cosa” o “perturbar el sentido, la conciencia o la conducta de uno, acercándolas a la anormalidad”. Por ello, resulta evidente que la restricción de la finalidad “política” recogida en los

218 La Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 1993 (caso Muguruza) expresó que “la noción de delincuencia terrorista puede reflejarse en el sinónimo de ‘violencia política organizada’ lo que implica la existencia de dos elementos, el estructural..., y, debe darse igualmente el presupuesto teleológico de alteración del orden constitucional (...) pues, según doctrina formulada por el Tribunal Constitucional en su sentencia, también invocada, 199/1987, de 16 de diciembre, la legislación antiterrorista es la aplicación a las formas delictivas que suponen en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”. La misma línea sigue el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de diciembre de 1993 (también sobre el caso Muguruza) que afirma que “el elemento teleológico supone, como expresan las citadas sentencias del Tribunal Constitucional (199/1987 y 89/1993) el propósito de infundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva, añadiendo en otro pasaje la misma Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1987 que ha de tener entidad suficiente para producir un terror en la sociedad y un gran rechazo de la colectividad, por su gran incidencia en la seguridad ciudadana y por suponer un ataque al conjunto de la sociedad democrática”, en el mismo sentido, cfrs. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1992, 4 de febrero de 1992, 16 de junio de 1992, 25 de enero de 1993, 26 de enero de 1994, 16 de mayo de 1995; y Sentencias de la Audiencia Nacional, de 11 de mayo de 1998 (Secc. 2.ª), 8 de junio de 1999 (Secc. 3.ª), 27 de abril de 1999, 15 de junio y 10 de julio de 2000 (Secc. 1.ª) entre otras.

219 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 538.

220 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, *ibidem*.

221 En la misma línea, CAMPO MORENO, *Represión penal del terrorismo*, cit., págs. 30 y 31, afirma que esa resolución de la Audiencia Nacional implica ceñir el concepto de terrorismo a unos parámetros que lo sitúan en el separatismo e independentismo, lo que se ha denominado terrorismo de izquierdas, pero desconoce todo un terrorismo encaminado a deteriorar, cuando no destruir, el orden constitucional, esto es, la desvirtuación de las reglas básicas del sistema.

delitos de terrorismo a los casos en los que se pretende la destrucción del orden constitucional no resulta justificada ni siquiera gramaticalmente.

En segundo lugar, la citada Sentencia hace surgir la cuestión de si la finalidad “política” sólo puede ser relevante en materia penal cuando se persigue el cambio o modificación sustancial, es decir, la sustitución por otro, del sistema político, vinculando de este modo la noción del terrorismo a ciertas finalidades políticas y a otras no. Entiendo que no existe justificación para ello, ya que en un modelo de Estado y de convivencia que garantiza, por lo menos hasta el momento, el más amplio pluralismo político, que diseña un sistema de libertades públicas y que, incluso, admite la posibilidad de un cambio constitucional, la índole o clase de finalidad política que se persiga debe ser perfectamente irrelevante desde el punto de vista penal, y ello por muy radical, heterodoxo o reprochable socialmente que sea su contenido²²².

Es decir, entiendo que es perfectamente legítimo que el legislador pueda tomar en cuenta la finalidad de vulneración del orden constitucional como base de la construcción de tipologías penales, como es el caso del terrorismo, pero lo que no considero justificado es establecer distinciones acerca de su concreta inspiración (independentistas o no) o propósito (destruir o mantener), ya que ello equivaldría a discriminar las situaciones en función de las ideologías de los autores y no de las conductas que realicen²²³, careciendo por lo mismo de cualquier fundamento constitucional ya que, en principio, ninguna ideología es preferible a otra. Como señala FARALDO CABANA²²⁴, no parece que “*existan razones suficientes para esta distinción que, por otra parte, es completamente innecesaria, salvo que por razones obviamente extrapenales se quiera privilegiar una forma de violencia frente a otra en razón de su orientación ideológica, ya que no de la conducta*

desplegada, lo que supone un tratamiento diferencial de todo punto injustificado”.

Así, tal como afirma LAMARCA PÉREZ²²⁵, hay que deducir dos importantes consecuencias: por un lado, tal como hemos dicho, no cabe la creación de tipos penales que supongan la incriminación de ideologías o programas políticos, cualquiera que sea su contenido, mientras que las mismas no se traduzcan en acciones delictivas que efectivamente se orientan a la alteración del orden constitucional; y, por otro, que el Estado de Derecho rechaza toda discriminación que atienda a las ideologías o programas políticos y cuando estos son tenidos en cuenta deben objetivarse y generalizarse de forma que cualquier fin “político” unido a una misma acción penalmente reprochable debe producir idénticos resultados.

Sea cual sea el intento de la Audiencia Nacional para desvincular la conducta de Amedo y Domínguez de los delitos de terrorismo lo que resulta innegable es que el orden constitucional que pretende protegerse mediante la regulación de estas conductas, se ve igualmente lesionado por quien comete un delito (asesinato, lesiones, daños, incendios, etc.) para lograr su transformación o derogación, como por quien utiliza ese mismo delito para lograr su preservación, ya que el orden democrático consiste en que tales objetivos puedan y deban ser alcanzados por vías pacíficas e institucionalmente regladas²²⁶. Es más, esta postura ha sido mantenida también por el Tribunal Supremo, que en la Sentencia de 25 de enero de 1993²²⁷ mantiene:

“El terrorismo es algo más que el crimen común, pues no sólo viola los derechos de los particulares, sino que rechaza los principios en los que se asientan los derechos y pretende la destrucción de la capacidad del Gobierno para protegerlos. Distinguir entre terrorismos y dar pábulo a una eventual benevolencia de trato al de fines supuestamente “justicieros” es

222 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 548. Sin embargo, no podemos negar la existencia de algunos residuos de incriminación de la disidencia como puede ser el art. 578 del Código penal, recientemente introducido por la L.O. 7/2000.

223 Ello nos llevaría a convertir nuestro Derecho penal en un Derecho penal de autor en el que la incriminación penal se fundamentaría en las circunstancias e ideología del autor, y no en los hechos concretos que éste realice.

224 Cfrs. FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales*, cit., pág. 193-195.

225 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 549.

226 Así, el Ministerio Fiscal en el escrito de Alegaciones provisionales de 18 de agosto de 1988 de la causa contra Amedo y Domínguez, señalaba que “*el propósito de ‘destrucción o eversión del orden constitucional’... se hace patente de ordinario en quienes, cualesquiera que sean las motivaciones ideológicas y proselitistas que defienden, utilizan sistemáticamente la lucha armada para la consecución de sus reivindicaciones políticas desafiando las instituciones del Estado democrático de Derecho establecidas para garantizar el pluralismo político. Pero igualmente adoptan tales comportamientos quienes, abstracción hecha del móvil que inspira su obra, tratan conscientemente de suplantar a las instituciones legítimas del Estado de Derecho constitucional y, por vía de respuesta, recaen en actividades criminales parejas a las que quieren combatir*”, citado por LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 549.

227 Vid. también Sentencia del Tribunal Supremo 14-12-1993.

algo absolutamente inadmisibles y, por ello, esta sala subraya con toda energía que tanto atenta al Estado democrático de derecho una como otra forma de terrorismo, que además en su finalidad última son comunes, pues en ambos casos se trata de evidenciar la fragilidad del Estado democrático y auspiciar un golpe de estado, suministrando pretextos y supuestas coartadas para el mismo. Desestabiliza con la misma intensidad el sistema la comisión seriada de atentados y crímenes encaminados a sembrar el terror cuanto los actos que tratan de evitar a aquellos”.

Afirma LAMARCA PÉREZ²²⁸ que *“la actuación del grupo terrorista portador de un programa político sólo adquiere desvalor jurídico en un sistema democrático por el uso de la violencia, por la no utilización de los cauces constitucionales como forma de lucha política. Este programa político será, normalmente, revolucionario, transformador, por cuanto la defensa de los objetivos políticos dominantes corre a cargo del propio aparato estatal, pero nada impide concebir como terrorista a un grupo políticamente conservador, que hace de la violencia un obstáculo al cambio, ya sea al propio cambio revolucionario”*, y continúa afirmando que *“es muy dudoso que quienes dicen utilizar la ‘vía violenta’ para defender al Estado no persigan, en realidad, también su transformación frontal”*. En definitiva, *negar que el método democrático sea válido para acabar con los enemigos del Estado es negar no sólo su eficacia en casos concretos, sino negar también el sistema mismo, que se caracteriza justamente por la regularidad de su actuación*²²⁹.

De este modo, si, como señala VIGNA²³⁰ *“el orden democrático supone el respeto de los métodos democráticos en todas sus manifestaciones políticas y cualquier violación de ese principio ‘constituye atentado a la Constitución, ruptura o tentativa de ruptura de forma violenta’”*, considero cuanto menos discutible, suponer que la lesión del orden constitucional sólo se obtiene

con el cambio frontal del sistema (practicando un terrorismo de signo “revolucionario” o “reaccionario”), y no también con la desvirtuación de sus reglas básicas y sin respeto a los métodos democráticos²³¹.

Por todo ello, entiendo que la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública debe ser interpretada en sentido amplio de manera que abarque tanto los supuestos en los que se pretenden la destrucción o transformación del orden vigente, como aquellos en los que pretendiendo protegerlos se vulneran las reglas, medios y principios constitucionalmente establecidas²³².

III. CONCLUSIONES

La transformación paulatina de las conductas constitutivas de delitos de terrorismo desde el tradicional terrorismo de carácter sectorial o nacionalista, hacia un terrorismo global, caracterizado por la indiscriminación de sus ataques, la aleatoriedad y la violencia sin límites empleada en sus acciones, ha determinado la “obsesión” del legislador por dar respuesta a esta problemática, mediante la incorporación de medidas legislativas y procesales en nuestro ordenamiento jurídico y el de nuestro entorno, que no siempre se compadecen con los postulados de un Estado de Derecho y con las garantías derivadas del mismo.

Ello no obstante, la regulación realizada por la Ley Orgánica 5/2010, que produjo una profunda reorganización de los delitos de terrorismo, incorporando por primera vez un concepto auténtico de lo que debiera entenderse por *organización o grupo terrorista*, nos ha permitido llegar a las siguientes conclusiones:

- El concepto de terrorismo determina la necesidad de concurrencia de un doble elemento: el estructural, esto es, una organización jerárquica, estable y permanente, y el teleológico.
- Las organizaciones o grupos terroristas no son sino una modalidad o subespecie de las organizaciones o grupos criminales caracterizadas por la existen-

228 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 550.

229 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, ibídem, nota 40.

230 Cfrs. VIGNA, *La finalità di terrorismo ed eversione*, Milano 1981, pág. 33.

231 Cfrs. LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., pág. 538.

232 En este sentido, cfrs. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte Especial*, 16.ª ed., cit., pág. 863; LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo”, cit., págs. 538 y ss.; GÓMEZ MARTÍN, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, cit., pág. 84 quien señala que *“es irrelevante que la finalidad consista en subvertir o mantener el orden constitucional establecido. Concurre dicha finalidad política tanto en el caso de las organizaciones revolucionarias (por ejemplo, ETA) que pretenden suplantar al legislador, como en los supuestos de organizaciones terroristas de Estado (por ejemplo, GAL), que persiguen la suplantación del poder judicial”*; ASUA BATARRITA, “Concepto jurídico de terrorismo”, cit., págs. 84 y ss.

cia de un finalidad concreta y diferente cual es la de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

- Ello implica la necesidad de eliminar la referencia al terrorismo individual recogida en el art. 577 del Código penal, que no se compeadece con la estructura del terrorismo y que permite el castigo como comportamientos terroristas, de conductas que nada tienen que ver con los mismos.
- La necesidad de concurrencia de una organización estructurada, jerarquizada, estable y permanente, es perfectamente compatible con la estructura del terrorismo islamista, constituido en red, mediante células independientes pero interconectadas.
- La presencia del elemento teleológico determina la necesidad de constatar que las conductas realizadas por los sujetos pertenecientes a estas organizaciones deben realizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, lo que obliga a excluir de este ámbito aquellos supuestos que se conocen como terrorismo de estado.
- Por último, es absolutamente necesario que las conductas realizadas por la organización terrorista, encaminadas a la finalidad mencionada, se realicen utilizando para ello medios violentos susceptibles de infundir temor a la población.

Ante estas consideraciones, toda regulación que de esta materia se realice, debe ser respetuosa con los principios, garantías y mandatos que inspiran el ordenamiento jurídico penal de un Estado de Derecho. Cualquier renuncia, en pro de la utilidad y eficacia, de derechos y garantías supone un peligro mayor para el orden constitucional que la propia conducta terrorista.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, *Las actividades terroristas ante el Derecho internacional contemporáneo*, Madrid 2000.
- APARICIO DÍAZ, “Asociaciones ilícitas terroristas”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 11-03, 2009, www.criminet.es.
- ARROYO ZAPATERO, “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma política y Derecho*, Ministerio Justicia 1985.
- ASUA BATARRITA, “Apología del terrorismo y colaboración con banda armada: delimitación de los respectivos ámbitos típicos (Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre, Sala Penal del Tribunal Supremo”, en *La Ley* 1998, D-158.
- 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^o 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 DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. Discurso penal de la exclusión*, vol. I, Madrid 2006.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, “Garantías en la Constitución ante la suspensión de Derechos fundamentales”, en *Sistema*, n.º 42.
- BLAY VILLASANTE, “Delito de integración en bandas armadas u organizaciones terroristas o rebeldes”, en *Comentarios a la Legislación penal*, tomo XI, Madrid 1990.
- BRANDARIZ GARCÍA, “Seguridad ciudadana, sociedad del riesgo y retos inabordables de la política criminal”, *Revista gallega de seguridad pública*, Segunda época, N.º 9, (2006).
- BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión*, Granada 2007.
- CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en GARCÍA VALDÉS y otros (coords.), *Estudios penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, vol. 2, 2008.
- CANCIO MELIÁ, “Delitos de organización”, en *Revista electrónica del Instituto latino americano de Estudios en ciencias penales y criminológicas*, 006-01 (2011), www.ilecip.org.
- CANCIO MELIÁ, “Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la Ley Orgánica 7/2000”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 44, Julio 2002.
- CANCIO MELIÁ, “Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho”, en CANCIO MELIÁ/POZUELO PÉREZ (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
- CAPITA REMEZAL, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Madrid, 2008.

- CARBONELL MATEU, "Terrorismo. Algunas reflexiones sobre el concepto y el tratamiento penal", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006.
- CARDONA TORRES, *Derecho penal, Parte especial*, Barcelona 2010.
- CARRETERO SÁNCHEZ, "La organización y el grupo criminal en la reforma del Código penal", en *La Ley*, 2011-1.
- CORCOY/GÓMEZ/BIESO, "De las organizaciones y grupos criminales", en CORCOY BIDASOLO/MIR PUIG (directs.) *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia 2011.
- DÍAZ BARRADO, "El marco jurídico-internacional de la lucha contra el terrorismo", en *Lucha contra el terrorismo y Derecho internacional*, Cuadernos de Estrategia, 133, 2006.
- DÍEZ RIPOLLÉS, "De la sociedad de riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, n.º 07-01, 2005, www.criminet.es
- DÍEZ RIPOLLÉS, "El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena", en *Actualidad Penal*, n.º 1, 1-7, enero 2001
- DÍEZ RIPOLLÉS, *Los elementos subjetivos del delito. Bases metodológicas*, Valencia 1990
- EBILE NSEFUN, *El delito de terrorismo*, Madrid 1985.
- 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, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código penal español*, Valencia 2012.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, "Delitos de terrorismo", en GANZENMÜLLER ROIG (direct.), *Delitos contra el orden público, terrorismo contra el Estado o la comunidad internacional*, Barcelona 1998.
- GARCÍA ALBERO, "La reforma de los delitos de terrorismo", en *La reforma penal de 2010: análisis y comentario*, Quintero Olivares (direct.), 2010.
- GARCÍA ARAN, en CÓRDOBA RODA/GARCÍA ARAN, (Direct.), *Comentarios al Código penal, Parte Especial*, tomo II, 2004.
- GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid 1993.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona 1978.
- 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.
- GONZÁLEZ CUSSAC, "Derecho penal frente al terrorismo, Cuestiones y perspectivas", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006.
- GONZÁLEZ CUSSAC/FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, "Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo", en *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, n.º 3, 2008.
- HASSEMER, *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*, Valencia 1999 (trad. Muñoz Conde y Díaz Pita).
- HERRERO-TEJEDOR, "La ilegalización de los partidos políticos del entorno terrorista", en GÓMEZ COLOMER/GONZÁLEZ CUSSAC, *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Valencia 2006.
- IGLESIAS RIO, "Panorámica comparativa sobre algunos problemas que presenta el fenómeno asociativo criminal en la actualidad", en *Las entidades sin fin de lucro: estudios y problemas*, Universidad de Burgos.
- JORDAN, *Los orígenes del terror. Indagando en las causas del terrorismo*, 2004.
- JOSHI JUBERT, "Sobre el concepto de organización en el delito de tráfico de drogas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 1995)", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1995.
- 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 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ/MÉNDEZ RODRÍGUEZ/DE DIEGO SANTOS (coords.), en *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Madrid 2001
- LAMARCA PÉREZ, "La última recepción de la normativa antiterrorista en la legislación común", en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1989
- LAMARCA PÉREZ, "Sobre el concepto de terrorismo. A propósito del caso Amedo", en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, 1993, facc. II.
- LAMARCA PÉREZ, *Derecho penal, Parte Especial*, 3ª ed., Madrid 2004.
- LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985.

- LLOBET ANGLI, “Tenencia, tráfico y depósito de armas o municiones, organizaciones y grupos criminales y delitos de terrorismo”, en *El nuevo Código penal, Comentarios a la reforma*, Silva Sánchez (direct.), Madrid 2012.
- LLOBET ANGLI, *Derecho penal del terrorismo, Límites de su punición en un Estado democrático*, Madrid 2010.
- MANZANARES SAMANIEGO, “Reformas penales en materia de terrorismo”, en *Actualidad penal*, n.º 48, 2000.
- MAQUEDA ABREU, “Crítica a la reforma penal anunciada”, *Jueces para la Democracia*, n.º 47, Julio 2003.
- MARTÍNEZ GARAY, “El nuevo delito de pertenencia a organizaciones y grupos criminales (art. 385 bis) en el Proyecto de Reforma del Código penal”, en *Revista General del Derecho Penal*, n.º 7, 2007, www.iustel.com
- MARTÍNEZ-CARDOS, “El terrorismo: aproximación al concepto”, en *Actualidad Penal*, n.º 26, 1998.
- MESTRE DELGADO, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Madrid 1987.
- MIR PUIG, “Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal”, en *Estudios jurídicos en memoria de José M^a Lidón*, Echano Basaldua (coord.), 2002.
- MIR PUIG, *Derecho Penal parte General*, 7ª ed., Barcelona 2004.
- MORAL DE LA ROSA, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Madrid 2005.
- MUÑOZ CONDE, “¿Hacia un Derecho penal del enemigo?”, *Diario El País*, 15 de Enero de 2003
- MUÑOZ CONDE, “El derecho de guerra contra el terrorismo. El Derecho de la guerra, el Derecho penal internacional y el derecho de la guerra dentro del Derecho penal interno (“Derecho penal del enemigo””, en *Revista penal*, n.º 29, Enero de 2012.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte Especial*, 16ª ed., Valencia 2008.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho penal, Parte especial*, 18ª ed., Valencia 2010.
- NIETO MARTÍN, *El conocimiento del derecho*, Barcelona 1999.
- O’SULLIVAN, *Terrorismo, ideología y revolución*, Madrid 1986.
- PÉREZ CEPEDA, *La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho penal postmoderno*, Madrid 2007.
- POLAINO NAVARRETE, *Los elementos subjetivos de lo injusto en el Código penal español*, Sevilla 1972.
- PRATS CANUT, en QUINTERO OLIVARES y otros, *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª ed., 2004.
- PRITTWITZ, “La desigual competencia entre seguridad y libertad”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 7, 2007, www.iustel.com.
- RAMÓN CHORNET, *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Valencia 1993.
- ROPERO CARRASCO, “¿Protección social versus garantismo?: excesos y defectos en el tratamiento jurídico penal de la delincuencia organizada”, en CUERDA RIEZU (direct.), *Las tensiones entre la criminalidad internacional y las garantías propias de un Estado de Derecho en un mundo globalizado*, Madrid 2008.
- ROXIN, *Derecho penal, Parte General*, tomo I, Madrid 1997 (traducido por Díaz y García de Conlledo, Luzón Peña y De Vicente Remesal)
- SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, “Art. 570 bis”, en GÓMEZ TOMILLO (direct.), *Comentarios al Código penal*, 2ª ed., Valladolid, 2011.
- SERRANO PIEDECASAS, *Emergencia y crisis del Estado social*, Barcelona 1988.
- SILVA SÁNCHEZ y otros, “La ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura”, en DA AGRA y otros (eds.), *La seguridad en la sociedad de riesgo. Un debate abierto*, Barcelona, 2003.
- SILVA SÁNCHEZ, “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, en *La Ley*, 2010-4.
- SILVA SÁNCHEZ, *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.
- VIGNA, *La finalità di terrorismo ed. eversione*, Milano 1981.
- VIVES ANTÓN, *Derecho penal, Parte Especial*, Valencia 1990.
- VIVES ANTÓN/CARBONELL MATEU, *Derecho penal Parte especial*, 2.ª ed. 2008.