

TERRORISMO Y PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA: UNA PROPUESTA DE DESPENALIZACIÓN

*Terrorism and principle of minimum intervention:
a proposal for decriminalization*

José Manuel Paredes Castañón*

Palabras clave: terrorismo – política criminal – lesividad – delincuencia organizada

Resumen: El debate acerca de la mejor regulación legal de los delitos de terrorismo está habitualmente condicionado por factores sociopolíticos que dificultan una discusión político-criminal racional sobre la materia. En el artículo se ponen de manifiesto y critican los supuestos injustificados que subyacen a dicho debate y se examina la cuestión de la lesividad específica de estos delitos, para concluir realizando dos propuestas de reforma, una más ambiciosa y otra de mínimos, pero ambas en un sentido despenalizador.

Keywords: terrorism – penal policy – harm – organized crime

Abstract: The debate about the best legal regulation of terrorist offenses is usually conditioned by several socio-political factors that block a rational discussion on this issue. This paper critically shows and analyzes the unjustified assumptions underlying this debate. The question of the specific harm of these crimes is examined. In conclusion, two proposals for legal reform are made: the first is a more ambitious one, and the second is a minimum one. Anyway, both indicate paths toward decriminalization.

I) El terrorismo como objeto de discusión político-criminal: un pánico moral permanente

En este trabajo quisiera presentar, muy sintéticamente, mis posiciones, tanto teóricas como prácticas, acerca del Derecho Penal que es necesario, legítimo y eficaz –y, sobre todo, del que no lo es– para afrontar los (multiformes) fenómenos criminales que se vienen englobando bajo la denominación de “terrorismo”. Las opiniones que expreso aquí están basadas

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Oviedo (España).

en el amplio estudio que sobre la lesividad de las conductas subsumibles en los distintos tipos penales de terrorismo existentes en el Derecho positivo he realizado, en diversos trabajos anteriores (Paredes Castañón (2008); Paredes Castañón (2010a); Paredes Castañón (2010b); Paredes Castañón (2010c)). No intentaré, pues, volver a fundamentarlas en detalle y hasta el final, sino que daré preferencia a exponer una visión de conjunto, de la política legislativa penal más racional posible en la materia: de las medidas de reforma legislativa que deberían ser adoptadas, cuanto antes, si de cumplir con los fines de una política criminal máximamente racional (y no con otros fines políticos menos confesables) se tratase.

Con este objetivo en mente, lo primero que resulta imprescindible hacer es –por así decirlo– despejar el terreno, antes de lanzarse a construir una propuesta. Es esta una dificultad no inhabitual en el ámbito del debate político-criminal, pues, como es sabido, los hechos sociales (materia usual de regulación por parte del Derecho, y del Derecho Penal) no son únicamente –aunque también lo sean– fenómenos naturales (vale decir, perceptibles a través de los sentidos), sino que son siempre además fenómenos culturales: son hechos interpretados, conforme a un determinado marco de creencias, de simbolismos, etc. De este modo, antes de hacer recomendaciones sobre cómo debería ser el Derecho que regule una cierta realidad (social), resulta conveniente siempre determinar con la mayor exactitud posible cuál es verdaderamente dicha realidad, su sustrato material (en última instancia, físico); y qué, en cambio, son meras interpretaciones añadidas (culturalmente) al hecho incontrovertible.

Si esto es así siempre, tanto más ocurre cuando hablamos de los fenómenos criminales que se ha dado en englobar bajo la etiqueta de “terrorismo”. En efecto, dos peculiaridades añadidas tienen lugar en este ámbito del debate político-criminal (no sólo en él, desde luego, pero también en él, de manera muy destacada) que no se dan en todos. La primera es que todo el debate acerca de la naturaleza y tratamiento del “terrorismo” tiene lugar en el contexto, necesariamente enrarecido, de un “pánico moral”.

El “pánico moral” es el mecanismo (ideológico) a través del cual la atención de la ciudadanía es concentrada, en un determinado momento, sobre una cierta tipología de víctima, de delito y de delincuente. El pánico moral es un fenómeno social generalizado de miedo (emocionalmente cargado) a la amenaza constituida (supuestamente) por la conducta de ciertos sujetos desviados. Los elementos del pánico moral son, pues, la existencia de una preocupación (emocionalmente cargada); la personificación del problema en ciertos sujetos (“*folk devils*”), estereotípicos, en los que se concentra la hostilidad; la existencia de un consenso generalizado acerca de la existencia de un auténtico problema y de que “hay que hacer algo” para solucionarlo; la desproporción de la reacción (en atención a la gravedad real del problema); y la volatilidad del miedo. El pánico moral constituye, pues, un mecanismo ideológico: un mecanismo de desviación de ansiedades, de problemas reales graves e irresolubles, hacia problemas (inexistentes, o reales, pero menores) simples (simplificados: identificándolos con un grupo de sujetos desviados)¹.

1 La secuencia causal a través de la cual tienen lugar los pánicos morales parece ser la siguiente (GOODE/BEN-YEHUDA (2009): 57-58, 129 ss.): a) existencia de determinadas ansiedades sociales (ambiente social que lo propicia); b) existencia de un grupo de interés que lo promueve; c) los líderes sociales, detentadores del poder filtran el pánico, amplificándolo o reprimiéndolo; d) los medios son la herramienta con la que se construye el discurso del pánico moral (se pone el tema en la agenda): construyendo una “realidad” (falsa, pero) verosímil, lo suficientemente alejada de la experiencia inmediata del público como para poder ser creída, pero lo suficiente próxima a dicha experiencia

Parece evidente que justamente el caso del debate sobre el “terrorismo” en las sociedades occidentales contemporáneas (cuando menos, desde 2001, aunque ya había antecedentes previos) reúne todas las características acabadas de exponer: en concreto, las de un pánico moral de naturaleza política². Ello queda confirmado si se procede además a comparar la percepción generalizada que existe acerca del riesgo inherente a los fenómenos etiquetados como “terroristas” con los datos objetivos existentes al respecto: en efecto, mientras que dicha percepción atribuye al terrorismo una peligrosidad extrema, lo cierto es que realmente el riesgo real resulta muchísimo más bajo, particularmente para la ciudadanía de los países occidentales ricos; está, pues, claramente exagerado (Jackson/Jarvis/Gunning/Breen-Smyth (2011): 124 ss.).

La consecuencia principal de discutir sobre política criminal en el contexto de una situación sociocultural de pánico moral es que se vuelve extraordinariamente difícil —extraordinariamente costoso— discrepar. Parecería, en efecto, que quien se atreve a poner en cuestión la seriedad del riesgo o la racionalidad de las soluciones adoptadas para combatirlo bien está perdiendo la cordura, bien está cooperando con el mal o bien no se toma lo suficientemente en serio los valores que se pretenden defender. Por supuesto, en términos estrictamente racionales, nada de todo ello resulta necesario ni coherente. Y, sin embargo, es sabido que ocurre: así, las voces discrepantes en relación con las políticas criminales antiterroristas realmente existentes con frecuencia son calificadas de “ingenuas”, de “cobardes” (o algo peor) y/o de “poco comprometidas con los valores democráticos” (léase: demoliberales).

A pesar de ello, creo que es importante que no nos amilanemos: que no demos por buenas, ni tomemos por su valor nominal, las estrategias político-criminales hegemónicas en materia de “terrorismo”. Que nos empeñemos en contrastarlas, de una parte, con la evidencia empírica (para ver si responden a fenómenos reales o a construcciones meramente ideológicas), con los valores y principios morales y políticos más básicos (para comprobar si resultan moralmente aceptables), de otra, y, en fin, también con los datos acerca de la eficacia y eficiencia de su implementación (para tomar en consideración la posibilidad de que, aun si una estrategia es realista y moralmente justificable, pese a todo, no sea la mejor de entre las posibles).

II) ¿Existe el “terrorismo” (como fenómeno criminal diferenciado)?

La segunda característica peculiar del debate político-criminal contemporáneo sobre “terrorismo” (tampoco absolutamente original, pero sí muy prominente en este ámbito) es la

para aprovechar sus ansiedades; e) el papel de la ciudadanía es el de la reacción populista: frente a los desviados (los —supuestos— responsables de la amenaza), y/o frente a “la élite” (que “no hace nada” para evitar el —supuesto— mal), o frente a los dos, porque tanto unos como otros pueden llegar a ser considerados los “verdaderos” responsables de la amenaza.

- 2 Un pánico moral de naturaleza política tiene lugar cuando algún(os) agentes del sistema político persigue, mediante la generación de una situación generalizada de ansiedad, la movilización de los recursos del sistema en favor de su estrategia política (generalmente conservadora), a través de la quiebra, en su favor, de los equilibrios de poder preexistentes. Definición que se ajusta como anillo al dedo al caso del pánico moral antiterrorista: SHAFIR/SCHAIRER (2013): 12-15. El proceso de construcción de este *folk devil* en particular ha sido estudiado por ALTHEIDE (2006).

tendencia a incurrir en lo que podríamos denominar (remedando y ampliando las distinciones que sobre el tema ensayara en su día Norberto Bobbio: Bobbio (1965)) un “positivismo jurídico de corte ontológico”. Entiendo por tal aquella forma (errónea) de razonamiento político-criminal en virtud de la cual, en política criminal, tan sólo cabe discutir acerca del grado de valoración (negativa) que merece una determinada clase de conducta que el legislador ha seleccionado para incluir en el supuesto de hecho de una tipificación penal, así como sobre los requisitos que deben exigirse para castigarla, o sobre la sanción que merece; pero, en cambio, no resulta admisible poner en cuestión que la conducta exista, que sea realmente lesiva y que verdaderamente merezca alguna –cualquiera– valoración negativa.

Puede parecer que una forma de razonar como la que acabo de describir, tan notoriamente falaz³, no debe poder resistirse a una crítica racional. Sin embargo, lo cierto es (seguramente, a causa de la reducción del espíritu crítico ocasionado por el contexto sociocultural de pánico moral que se ha señalado más arriba) no son infrecuentes las argumentaciones que siguen este curso. Podría poner distintos ejemplos, pero señalaré únicamente estos: en dos de los más recientes estudios monográficos sobre la regulación española de los delitos de terrorismo (por lo demás, excelentes y que tienen la pretensión de ser críticos: Cancio Meliá (2010) y Llobet Anglí (2010)) se discute primero, en detalle y con convencimiento, acerca de cuál es el núcleo de la lesividad específica de los delitos de terrorismo; y, luego, sobre la manera en la que, *de lege ferenda*, debería estos estar tipificados, para resultar coherentes con dicho fundamento material y, *de lege lata*, deberían ser interpretados, restrictivamente, los preceptos existentes para intentar alcanzar ese mismo objetivo. Pero en ninguno de los dos se plantea siquiera la posibilidad de que los delitos de terrorismo, en realidad, no posean generalmente ninguna lesividad específica (distinta de la propia de los delitos comunes que se cometen), por lo que carezcan de cualquier justificación político-criminal. Antes al contrario, que la lesividad específica existe es algo que se da por supuesto⁴: se trataría, pues, tan sólo de acotarla y de precisarla suficientemente.

3 En concreto, se comete la falacia de afirmación del consecuente (HAMBLIN (1970): 35-37), en el siguiente razonamiento (erróneo):

P1: *Si existe verdaderamente una conducta extremadamente lesiva para los bienes jurídicos etiquetable como “terrorismo”, entonces hace falta una legislación especial y particularmente represiva para combatirla.*

P2: *Existe, efectivamente, una legislación especial y particularmente represiva para combatir la conducta de terrorismo.*

C: *Luego, entonces, debe de existir realmente una conducta extremadamente lesiva para los bienes jurídicos etiquetable como “terrorismo”.*

4 Así, CANCIO MELIÁ (2010): 7-8, afirma que el objetivo de su obra es introducir la dogmática (los límites constitucionales y dogmáticos) en el estudio e interpretación de los delitos de terrorismo. Pero, obviamente, ello implícitamente viene a significar que la cuestión político-criminal radical, de si tales delitos merecen alguna justificación (y de si, por consiguiente, cualquier interpretación dogmática político-criminalmente orientada tiene o no sentido), va a quedar orillada en su estudio... como efectivamente queda (vid., explícitamente, 139-140). Ello, en concreto, se traduce luego en la manera en la que se resuelven cuestiones como: el papel de los delitos de organización (que se reputan legítimos –93, 124-126– sin una fundamentación político-criminal suficiente); la necesidad de una regulación específica de los delitos de terrorismo (141); la (problemática) relación entre los delitos de terrorismo y el Derecho Penal de autor (179-182); el papel de la finalidad política en dichos delitos (182-184).

Justamente a esto me refiero cuando hablo de una ideología jurídica positivista que alcanza incluso al plano ontológico: a que se da por bueno que el legislador, con sus decisiones normativas, puede crear realidades sociales (extrajurídicas), puede constituir el propio objeto de la regulación. Una forma de actuar y de razonar que, sin duda alguna, carece de cualquier justificación teórica, pero que de hecho opera, y que cumple una función política evidente: la de impedir que se pongan en cuestión las bases mismas de la política criminal antiterrorista realmente existente; limitando, así, la crítica tan sólo a determinados “vicios”, “excesos”, “malas prácticas”, etc., sin llegar a considerar siquiera la posibilidad de que toda la política legislativa en materia de terrorismo –o prácticamente toda– carezcan de justificación. Y, consiguientemente, que tampoco la tengan las decisiones judiciales que aplican dicha regulación.

III) El “terrorismo” como construcción cultural

A la vista de lo expuesto, parece conveniente dedicar alguna atención a precisar el estatus epistemológico del concepto mismo de terrorismo, aquel en el que pretenden apoyarse las regulaciones legales en la materia. Pues, en efecto, el error categorial que cometen habitualmente cuantos se apuntan a la forma de positivismo jurídico ontológico que más arriba denunciaba consiste, precisamente, en equivocarse la naturaleza del concepto: olvidando las lúcidas advertencias de Nietzsche de que *“todos los conceptos en los que se concentra semióticamente un proceso completo eluden cualquier definición; sólo aquello que no tiene historia puede ser definido”* (Nietzsche (1887): 103) y de que *“todas las finalidades, todas las utilidades son sólo indicios de que una voluntad de poder se ha enseñoreado de algo menos poderoso y ha impreso en ello, partiendo de sí misma, el sentido de una función; y la historia entera de una ‘cosa’, de un órgano, de un uso, puede ser así una interrumpida cadena indicativa de interpretaciones y reajustes siempre nuevos, cuyas causas, no tienen siquiera necesidad de estar relacionadas entre sí, antes bien a veces se suceden y se revelan de un modo meramente casual”* (Nietzsche (1887): 100), nuestros “positivistas ontológicos” asumen que el terrorismo es un fenómeno social perfectamente distinguible e individualizable; que obedece a un conjunto identificable y distintivo de causas y que asimismo da lugar a consecuencias igualmente específicas. (Con el corolario de que una estrategia de acción unificada frente a dicho fenómeno tendría todo el sentido.)

Por su parte, LLOBET ANGLÍ (2010): 54-55, propone llegar a una definición del concepto de terrorismo “por inducción”, esto es, a partir de la identificación de aquellas características que tienen en común aquellos fenómenos que legalmente son calificados como tal. Pero, por supuesto, esto significa aceptar ya, sin llegar a discutirlo, que aquellas conductas que el legislador ha decidido tipificar como terrorismo tienen efectivamente algo en común y –sobre todo– *que ello resulta relevante para su valoración y para su regulación diferenciada*. Este punto de partida tan acrítico se concreta luego en la forma en la que se abordan cuestiones como: la relación entre terrorismo y legitimidad política (57, 93, 96-98) y el concepto de terrorismo de Estado (109 ss.); la diferencia entre organizaciones terroristas y otras organizaciones criminales (57-59); la pretendida pluriofensividad de los delitos de terrorismo (59, 67-70, 100); la relación entre terrorismo y guerra (95-96, 122 ss., 145-153); o la relación entre terrorismo y crímenes de lesa humanidad (100 ss.).

Ocurre, sin embargo, que este ingenuo positivismo se basa esencialmente en dar la espalda a la realidad, a la evidencia empírica (histórica). Y ello, no sólo porque, de hecho, sea posible (más aún: resulte imprescindible, en realidad) hacer tantas distinciones y matizaciones en lo que se refiere a los rasgos definitorios, las causas y las consecuencias del “fenómeno terrorista” que quepa dudar, si somos rigurosos, de que verdaderamente nos estemos refiriendo a una realidad mínimamente unitaria⁵. Es que, además, a día de hoy tenemos ya información suficiente para saber cuándo y dónde surgió el concepto contemporáneo⁶ de “terrorismo”, ese que (aunque resulte ser un concepto más bien vago y borroso... o tal vez precisamente por ello) es habitualmente utilizado en la discusión político-criminal y se plasmar –con mayor o menor fortuna– en las legislaciones.

En efecto, en una investigación recientemente publicada Lisa Stampnitzky (Stampnitzky (2013)) demuestra, con todo género de evidencias, cómo el concepto contemporáneo de “terrorismo” tiene su origen en la transformación en el discurso producido (a la que subyacía un cambio de estrategia político-militar) por determinados centros de elaboración de discurso político (centros universitarios, *think-tanks*, organismos gubernamentales) de grandes potencias (Estados Unidos, principalmente) a comienzos de los años setenta del pasado siglo, en virtud de la cual se abandona progresivamente el concepto de “insurgencia” y se acoge el concepto de “terrorismo” (Stampnitzky (2013): 21 ss.). Y cómo la transformación no se limita a dicha sustitución terminológica, sino que además conlleva cambios semánticos de mayor calado: si la “insurgencia” se juzgaba como una acción política racional, y al insurgente se le colocaba, en el plano de la racionalidad (¡aunque no en el de la moralidad!), al mismo nivel que al Estado y a sus fuerzas contrainsurgentes, el “terrorismo” pasa a ser visto como un fenómeno esencialmente patológico, desviado, enfermizo; en suma, irracional. Que consiguientemente se ubica, en cuanto a su nivel de racionalidad, muy por debajo de aquella que anida –de ello no les cabe ninguna duda a los promotores del nuevo discurso– en el Estado que el terrorista combate (Stampnitzky (2013): 51 ss.)^{7 8}. Lo que había de conducir, casi inevitablemente, a las conclusiones de que: a) el terrorista no es un com-

5 Para muestra, un botón, o dos: la amplia diversidad de las definiciones legales del concepto de terrorismo en Derecho comparado; y la práctica imposibilidad para llegar a un concepto único del mismo en Derecho Penal internacional.

6 El concepto contemporáneo, el que hoy se suele utilizar en los debates. Porque, desde luego, el término tiene una historia anterior, desde su aparición durante las polémicas políticas en torno a la revolución francesa hasta su resurgimiento en las diatribas anti-anarquistas de finales del siglo XIX, que culminó en su empleo por parte de la propaganda nazi: vid. LAQUEUR (2003): 33 ss.; AVILÉS/HERRERÍN LÓPEZ (2008); BURLEIGH (2008); GONZÁLEZ CALLEJA (2013): 98 ss. Sin embargo, pese a ello, es importante no caer en la tentación del anacronismo: que el término empleado, en distintos momentos históricos y contextos políticos, fuese el mismo no significa necesariamente –y, de hecho, no ha sido así– que se le atribuyese idéntico significado, ni la misma función en el discurso. Por ello, conviene concentrarse en el debate contemporáneo, el que a nosotros ahora nos interesa, que tiene unas características específicas y un origen histórico muy determinado.

7 Para un amplio y concluyente estudio acerca de las características de los discursos hegemónicos sobre el “terrorismo” cfr. JACKSON (2005).

8 Yo mismo (PAREDES CASTAÑÓN (2015)), al hilo de dos películas harto representativas de ambos discursos (el de la “insurgencia” y el del “terrorismo”), *La battaglia di Algeri* (Gillo Pontecorvo, 1966) y *Munich* (Steven Spielberg, 2005), he analizado la forma en que se ha producido esta transformación en los discursos.

batiente (un actor político racional), sino alguien que actúa por “fanatismo”; b) alguien que no respeta los principios morales más básicos (que el Estado, por supuesto, sí que respeta, o intenta respetar, cuando no se ve en una situación extrema o se producen “excesos”...: Jackson (2005): 59 ss.); y c) por consiguiente, alguien a quien, no sólo en beneficio propio, sino en interés de toda la humanidad (Greene (2008)), hay que combatir sin cuartel, por todos los medios que resulten necesarios (incluidas las medidas de excepción)⁹.

Así pues, el “terrorismo” no es una realidad (material) unitaria, evidente a los sentidos, sino que constituye un constructo cultural (Jackson/Breen Smyth/Gunning (2009): 222-223). Y, en tanto que tal, la definición de una conducta como “terrorista” (por parte de quien tiene poder para hacerlo y ser escuchado) es también, ineludiblemente, un acto de poder (Jackson (2009): 69 ss.)¹⁰, de aquellos agentes que lo poseen en la medida bastante como para imponer, dentro del discurso hegemónico y más normalizado (Fairclough/Wodak (2000): 388 ss.), la adjetivación con esta etiqueta de ciertas acciones (y no de otras) como un uso lingüístico apropiado¹¹.

Precisamente, por ello, resulta imprescindible no dar por supuesto justamente aquello que debe ser demostrado: si es o no necesario, (en términos tanto de racionalidad moral –en primer lugar– como –también, en segundo lugar– instrumental) incorporar a la legislación el concepto; y, llegado el caso, en qué términos debería hacerse¹². Si, por consiguiente, se puede justificar un tratamiento (penológico, procesal y penitenciario) diferenciado, y excepcional, de determinados conjuntos de conductas, vagamente definidas en cuanto a sus aspectos comunes (violencia,...), que en su mayor parte resultarían ya subsumibles en otros tipos penales. (Y si puede o no justificarse además que, en algún caso concreto, alguna otra conducta, distinta de las mencionadas, pero relacionada con aquellas, sea inculpada de manera excepcional, mientras continua siendo atípica en el resto de los supuestos, en los que no tenga ningún vínculo con ellas.)

9 Ya Carl Schmitt advirtió de que el abandono, como marco de referencia para la acción armada, del orden propio del Derecho Internacional westfaliano (en el que las partes beligerantes se reconocían como iguales, con derechos equivalentes y deberes recíprocos) y su sustitución por el “humanitarismo armado” acabaría por dar lugar a la deshumanización del enemigo: SCHMITT (1950): 215 ss. La justificación de políticas antiterroristas cada vez más brutales no es sino una manifestación –la que aquí nos interesa– de este proceso.

10 Sobre el trasfondo teórico de esta afirmación, cfr. FOUCAULT (1968): 334 ss.; FOUCAULT (1970): 304 ss.; FOUCAULT (1973): 14 ss.; FOUCAULT (1977): 109-125.

11 Otra vez, los ejemplos se multiplican: “*luchadores por la libertad*” que han devenido, con el curso del tiempo y la evolución de los acontecimientos, “*terroristas*” (los militantes armados islamistas); y viceversa, “*terroristas*” reconocidos más adelante como héroes de la lucha por la libertad, la patria, etc. (la resistencia antinazi, el Irgun judío, la Umkhonto we Sizwe sudafricana); o, en fin, el éxito (cultural, político, jurídico) del concepto de “terrorismo” político, al lado del paralelo fracaso de otros intentos de imponer la etiqueta de “terrorista” (“terrorismo machista”, etc.),...

12 Me he ocupado de exponer una teoría general de la política legislativa penal racional en PAREDES CASTAÑÓN (2013). Mi propuesta, pues, es que se deben aplicar los criterios de justificación moral y de racionalidad instrumental que allí exponía al caso concreto del Derecho Penal antiterrorista. Y que, si se hace así, las conclusiones han de ser –como veremos a continuación– necesariamente demoledoras para la crítica del Derecho vigente.

IV) Terrorismo y merecimiento de pena

A este respecto, dos son las cuestiones a considerar. De una parte, es preciso aclarar si es cierto –y en qué medida lo es– que las conductas (habitualmente etiquetadas como “terroristas” presentan verdaderamente rasgos comunes y, además, rasgos específicos. De otra, no obstante, es necesario advertir que no cualquier rasgo común y específico sirve: por el contrario, deberá tratarse de rasgos que resulten valorativamente relevantes. Esto es, que proporcionen argumentos bastantes para justificar un tratamiento jurídico-penal, en la legislación.

Pues, en efecto, en el debate político-criminal no es infrecuente (y el “terrorismo” es un ejemplo excelente de dicho riesgo) que se infiera automáticamente, a partir de la especificidad de ciertas formas de conducta desviada, la necesidad de tratarlas de manera diferenciada en términos legislativos, a través de tipos penales que abarquen exclusivamente dicha clase de conductas (y que las someta a una punición específica... y, en ocasiones, también a regulaciones procesales y penitenciarias de excepción). Y, sin embargo, en absoluto resulta evidente que lo uno haya de seguirse de lo otro. Antes al contrario, solamente teniendo en cuenta cuál es la función que cumplen las normas penales (secundarias) sustantivas (los tipos penales en ellas contenidos y las penas previstas en dichas normas para las conductas típicas) y, sobre todo, cuál no es su función, puede llegar a diseñarse una legislación penal razonable.

Así, resulta esencial tener presente el hecho de que la única razón que puede llegar a justificar un tratamiento diferenciado y excepcional, a través de tipos penales específicos, de una clase de conductas que (como ocurre con las conductas nucleares de los delitos de terrorismo: delitos contra las personas y el patrimonio, estragos, tenencia ilícita de armas, etc.) ya eran penalmente típicas es su particular gravedad: una gravedad que fundamentaría el mayor merecimiento de pena de tales conductas y que, consiguientemente, podría llegar a justificar –en su caso¹³– que se las conminase con una pena abstracta más elevada. Y que dicho mayor merecimiento de pena tan sólo puede derivarse de uno de dos factores, o de ambos al tiempo: bien de la mayor lesividad de las conductas en cuestión, o bien –siendo idéntica su lesividad– de su mayor antinormatividad (Paredes Castañón (2003): 146-147).

En concreto, en el caso de las conductas nucleares de los delitos de terrorismo, parece que el plus de merecimiento de pena que (en comparación con los delitos de homicidio, lesiones, detención ilegal, etc. no terroristas) podría aducirse para justificar un tratamiento penal sustantivo diferenciado y excepcional estribaría, pretendidamente, en la mayor lesividad que dichas conductas conllevarían. Tal mayor lesividad se podría derivar en principio de dos fuentes diferentes. Por una parte, se ha alegado que la mayor lesividad se deriva de la pluriofensividad de los delitos de terrorismo: en ellos, junto con el bien jurídico individual o supraindividual protegido en el paralelo delito no terrorista, se protegería (porque el terrorismo lo pondría en peligro) un bien jurídico de naturaleza política, relativo a la estabilidad del sistema político. Por otra parte, hay quien piensa que la mayor lesividad se deriva más

13 En su caso, porque, como argumenté con detenimiento en PAREDES CASTAÑÓN (2003): 145-147, 150-151, a pesar del mayor merecimiento de pena que pudiera existir, puede haber, pese a ello, argumentos atinentes a la falta de necesidad de pena que impidan que la elevación de la pena resulte justificable.

bien del hecho de que las conductas terroristas serían siempre, por naturaleza, delitos masa: tendrían siempre por víctimas a una multitud (indeterminada, pero efectiva) de personas, que incluiría no sólo a la(s) víctima(s) directa(s) de la acción lesiva (la víctima que sufre la muerte, las lesiones, la privación de libertad, etc.), sino también, además, a todas aquellas otras personas a las que el mensaje amenazante inherente a la acción terrorista va –objetiva y dolosamente– dirigido (en tanto que ataque a su libertad). Y hay, en fin, quien opina que ambos factores contribuyen.

V) Terrorismo y pluriofensividad

A este respecto, hay que advertir que en realidad ni uno ni otro fundamento de los propuestos (el de la pluriofensividad y el del delito masa) pueden convencer. Así, en primer lugar, la tesis de que lo que justifica el tratamiento unitario de las conductas agrupadas bajo la etiqueta de “terrorismo” es su naturaleza pluriofensiva, al tiempo contra algún bien jurídico individual –hasta aquí no cabe duda alguna– y contra un bien jurídico supraindividual, de naturaleza política, no puede ser aceptada, si es que hay que tomar en serio el concepto de lesividad. En efecto, que las conductas calificadas como “terroristas”, allí donde –como ocurre en la inmensa mayoría de los casos– las mismas no alcanzan al nivel de la rebelión (esto es, cuando permanecen en el nivel de la “guerrilla urbana”, con unos objetivos eminentemente expresivos, y sin capacidad militar para controlar territorio y/o población, o para enfrentarse a fuerzas militares regulares), afecten en alguna medida relevante a la estabilidad del sistema político es, más que nada, una petición de principio, de dudosa aceptabilidad. Antes al contrario, como en otro lugar he estudiado con mayor detenimiento, lo habitual en estos casos es que el grupo armado apenas afecte al funcionamiento del sistema político estatal al que pretende enfrentarse, “conquistar” o “destruir”... salvo que tomásemos por tal afectación la reacción –generalmente desproporcionada– autoritaria del Estado supuestamente “amenazado” por la acción armada de oposición (lo que, obviamente, no debemos hacer, pues la responsabilidad de dicha sobre-reacción no resulta imputable al grupo armado). Y que, a lo sumo, con su acción (más o menos) violenta tan sólo sea capaz de incidir sobre el imaginario político, sobre el sentido de (auto-)identidad de los agentes del sistema político, poniendo en cuestión (o, cuando menos, sometiendo a prueba) la hegemonía de algunas de sus creencias más nucleares: sobre la legitimidad del sistema político, sobre la justicia de la sociedad en la que actúan, sobre la unidad del pueblo al que pretenden representar, etc. (Paredes Castañón (2010a): 198-200). Pero, desde una perspectiva liberal, el hecho de poner en cuestión las creencias ajenas no debería poder ser considerado en ningún caso como un factor determinante de lesividad. De manera que, entonces (y con independencia de las fantasías revolucionarias de unos y de la paranoia securitaria de los otros), lo que nos queda es tan sólo la lesión del bien jurídico individual. Expresado más sintéticamente: los delitos de “terrorismo” son, sin duda alguna, delitos políticos por lo que hace a las razones y objetivos de sus perpetradores, así como a algunos de sus efectos; pero no precisamente por lo que se refiere a aquellos efectos (lesión de bienes jurídicos) que pueden ser legítimamente tomados en consideración para determinar el contenido de las prohibiciones y de las sanciones penales. Quiere ello decir que un Derecho Penal respetuoso con el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, a la hora de fijar el contenido de sus regulaciones, debería prescindir del carácter político del “terrorismo” (irrelevante a efec-

tos valorativos). Por más que, desde luego, ignorar dicho origen político de los fenómenos “terroristas” resultaría descabellado a otros efectos: para diseñar las estrategias de prevención de dichos delitos, las estrategias policiales de persecución de los mismos, el contenido del tratamiento penitenciario resocializador, etc. Pero uno y otro plano del análisis y del diseño de políticas criminales (de una parte, las regulaciones legales de conductas, a través de prohibiciones y de sanciones/de otro, las acciones estatales de prevención, investigación y reinserción social) deberían ser cuidadosamente diferenciados. No hacerlo así conduce necesariamente al error: a un Derecho Penal injusto, desproporcionado y carente de fundamento político-criminal claro. O bien, peor todavía, se convierte en un truco para utilizar el Derecho Penal antiterrorista con unos fines (políticos) que no deberían resultar aceptables en un Estado que se proclama liberal.

VI) Terrorismo y delito masa

Consideraciones muy semejantes pueden realizarse para rechazar también el argumento de que los delitos “terroristas” sean siempre, por su propia naturaleza (y a diferencia de los delitos comunes contra bienes jurídicos individuales), delitos masa, que afectarían no sólo a las víctimas directas del ataque, sino, además, a la libertad de terceros, destinatarios del mensaje comunicativo (intimidatorio) que el “terrorista” pretenden lanzar. Pues, en primer lugar, una buena parte de las acciones violentas procedentes de grupos armados no reúnen la condición de idoneidad para transmitir el mensaje intimidatorio pretendido: por falta de credibilidad del mismo, dado que, a causa de su debilidad militar, no resulta creíble que las amenazas vayan a surtir algún efecto relevante. Por otra parte, aun en aquel número limitado de ocasiones en las que la amenaza resultar creíble, el hecho de que se trate siempre de amenazas colectivas, no individuales, hace que –como en otro lugar he analizado– sólo en condiciones muy determinadas las mismas tengan capacidad para afectar suficientemente a la libertad individual de los miembros del grupo social amenazado. En concreto, únicamente cuando se dan tres condiciones: en primer lugar, no es suficiente con que exista una pluralidad de amenazas individuales, sino que es preciso que los individuos ostenten una misma identidad social, reconocida por ellos mismos y por terceros; en segundo lugar, será necesario que los miembros del grupo social en cuestión sean particularmente vulnerables a la lesión de sus bienes jurídicos individuales precisamente por su pertenencia a dicho grupo (y debido a la desigual distribución de recursos y de poder que sufre el grupo); y, por fin, en tercer lugar, sólo existe lesión de la seguridad de un grupo social vulnerable, a través del ataque a los bienes jurídicos individuales de sus miembros (homicidios, lesiones, amenazas, coacciones, detenciones ilegales, agresiones sexuales, etc.), cuando las características del ataque, unidas a los rasgos –determinantes de la vulnerabilidad– de la estructura social en la que el grupo social está ubicado, hacen que la reacción racional de los miembros del grupo social sea la de autolesionar, o consentir en la lesión por parte de terceros, de otros bienes jurídicos suyos (de la misma víctima o de otros miembros del grupo, que se ven a sí mismos, racionalmente, como víctimas potenciales) que en principio no han sido afectados por la lesión directa inicial. Es decir, cuando, debido al ambiente social preexistente, la primera lesión de bienes jurídicos produce reacciones racionales de los titulares de bienes jurídicos consistentes en renunciar –normalmente, sólo en parte– al disfrute de alguno de sus bienes jurídicos. Finalmente, incluso cuando se trata de la protección de la seguridad

de los grupos sociales más vulnerables (en los términos vistos), resulta difícil hallar alguna hipótesis en la que dicha seguridad justifique por sí sola una intervención penal. De hecho, lo normal será lo contrario: que –como ocurre en el caso de las amenazas colectivas– el ataque a la seguridad del grupo social signifique únicamente un plus de lesividad en la acción, sobre la que la misma conlleva siempre, respecto de otro bien jurídico (generalmente individual, aunque no necesariamente). Y ello, porque, como he señalado, lo normal es que el derecho subjetivo a la seguridad sea protegido, indirectamente, mediante la preservación de otros bienes jurídicos (Paredes Castañón (2010b): 406-409).

Todo ello, en la práctica, significa que el argumento del terrorismo como delito masa sólo resulta aceptable en casos muy contados: precisamente, en aquellos (acciones racistas, etc.) para los que rara vez se recurre al Derecho Penal antiterrorista. Por el contrario, en la inmensa mayoría de las ocasiones (ejemplo: una acción armada contra un miembro de las fuerzas de seguridad o un líder político), la acción “terrorista” no es (aparte de, por supuesto, el delito de homicidio, lesiones, secuestro, etc. que afecta a un bien jurídico individual de la víctima) más que una amenaza genérica, apenas relevante: bien por falta de credibilidad, o bien por ir dirigida contra quien (todos los restantes agentes de policía o líderes políticos) no puede ser considerado en ningún caso como miembro de un grupo particularmente vulnerable, necesitados de una protección extraordinaria de su seguridad.

Así pues, no se trata de intervenir frente a riesgos genéricos (identificados por medios estadísticos... en el mejor de los casos), sino de reaccionar frente a conductas de lesión de bienes jurídicos individuales, reconociendo en ellas, en determinadas ocasiones, un plus de lesividad, colateral (Paredes Castañón (2011): 227-235). Lesividad colateral que, en la mayoría de las ocasiones (esto es: siempre que no se trate de un grupo social particularmente vulnerable, pero también muchas veces aunque se trate de él), no puede ser reconocida, pese a ello, como un bien jurídico, ni individual ni supraindividual, que justifique una intervención jurídica coactiva diferenciada. Pues, en esa gran mayoría de las ocasiones, la protección del derecho subjetivo a la seguridad se lleva a cabo, en sede penal, suficientemente a través de la protección de los bienes jurídicos individuales (vida, integridad física, libertad, etc.) y supraindividuales (medio ambiente, ordenación del territorio, paz, etc.), y no necesita una protección separada, por no quedar margen alguno para ella. En suma, pues, la seguridad sólo tiene sentido, en tanto que bien jurídico autónomo, como un bien jurídico supraindividual distributivo: ni la seguridad de todos los sujetos, ni tampoco la seguridad de todos los bienes jurídicos (ni, menos aún, el sentimiento de seguridad), pueden ser reconocidos como un objeto legítimo de protección por parte del Derecho Penal. Debido a ello, la justificación securitaria de los delitos de terrorismo ha de ser también rechazada.

VII) Terrorismo y delincuencia organizada

Por consiguiente, mi conclusión es clara: a salvo de casos muy extremos¹⁴, en el resto de las situaciones usualmente etiquetadas como de “terrorismo”, en realidad no existe jus-

14 Se trata de dos grupos de supuestos: de una parte, supuestos constitutivos ya de auténticos estados de rebelión y/o de guerra; y, de otra, acciones violentas contra miembros de un grupo social particularmente vulnerable

tificación alguna para tratar, desde el punto de vista penal sustantivo, los delitos contra bienes jurídicos individuales (homicidios, lesiones, etc.) que son cometidos (con una finalidad política) de manera excepcional, ni por lo que hace al alcance de su tipicidad ni por lo que se refiere a las penas merecidas. Pues, excepto en dichos casos extremos, no existe un verdadero plus de lesividad en los delitos “terroristas” que los distinga en ninguno de dichos aspectos. Por el contrario (y con independencia de la especificidad que los fenómenos de “terrorismo”, en tanto que fenómenos criminales, puedan revestir a otros efectos: prevención del delito, investigación policial, tratamiento penitenciario), la incriminación conforme a las reglas generales propias de dichos delitos suele resultar no sólo la más proporcionada (y, consiguientemente, justa), sino también la más eficiente (en términos de análisis coste/beneficio)... siempre, claro está, que se tomen en consideración únicamente los objetivos político-criminales aceptados como legítimos en un Derecho Penal garantista, los de proteger bienes jurídicos¹⁵.

De este modo, lo único específico que resta en algunos de los delitos de “terrorismo” –que no en todos– es el hecho de que sean cometidos no de manera individual, sino por grupos u organizaciones criminales. Pero ello, desde luego, tampoco es peculiar de los delitos de terrorismo. Sea como sea, el origen de algunos delitos “terroristas” en el seno de organizaciones criminales (cuando ello de verdad ocurra)¹⁶ puede llegar a justificar, a lo sumo, un adelantamiento de las barreras de protección:

15 Pues, desde luego, en materia de Derecho Penal político esta advertencia nunca resulta superflua: bien sea de manera explícita (como suele ocurrir en regímenes políticos autoritarios), bien de modo más subrepticio (en estados demoliberales), no es infrecuente que se haga cumplir a este sector de la legislación penal funciones (de integración sociopolítica y de normalización) que no son compatibles con dichos principios garantistas. De hecho, parece evidente que la existencia de estas funciones sociopolíticas subrepticias es lo único que permite explicar el hecho de que una amenaza tan menor para los bienes jurídicos como la constituida –ahora y siempre– por los fenómenos de “terrorismo” haya dado lugar, aun en los estados que se precian de más liberales, a políticas criminales estatales (y supranacionales) que, en su sustancia, resultan tan extraordinariamente agresivas con la libertad individual y que, en su modo de comunicación pública, son presentadas de un modo tan prominente y tan dramático. Para un análisis del trasfondo político de esta mixtura de objetivos (propiamente político-criminales y de integración sociopolítica) en las estrategias antiterroristas de los estados contemporáneos, cfr. EVANS (2013).

16 Otra vez, la advertencia es esencial, a la vista del notorio abuso del concepto de delincuencia organizada en la legislación y en la práctica, equiparando bajo un concepto vago fenómenos criminales notoriamente dispares, que merecerían regulaciones penales muy diferentes (porque la necesidad de pena en cada uno de ellos también lo es). Así, en el caso concreto del “terrorismo”, lo que se afirma en el texto tendría validez allí donde existe una auténtica organización “terrorista”. Tal y como en otro lugar he analizado con mayor detenimiento, ello ocurre tan sólo cuando los sujetos “abusan” de la libertad constitucional de asociación, al emplear el espacio constitucionalmente reconocido a dicha libertad para llevar a cabo (y, antes, preparar) conductas que son ilegales (PAREDES CASTAÑÓN (2008)). De manera que sólo debería entenderse por organización criminal (y, consiguientemente, sólo debería ser objeto, en su caso, de una regulación penal sustantiva específica) aquella que revista las características de permanencia, división de funciones, comunidad de reglas, dirección unificada, procedimientos internos, mecanismos de coordinación y comunicación, unidad de fines, etc. (cfr. HALL (2002): 29-31) que caracterizan materialmente a las asociaciones. Y no, pues, a cualquier agrupamiento más transitorio de personas con fines delictivos.

- Mediante la incriminación de determinados actos preparatorios. De determinados, no de todos, ya que también en este caso hay que tomar en consideración el grado de lesividad (de peligrosidad para el bien jurídico) de la acción preparatoria, seleccionando exclusivamente las más peligrosas. Así, figuras como el delito de integración en organización criminal¹⁷, correctamente configurado (Paredes Castañón (2008)), puede resultar justificable para afrontar fenómenos de delincuencia organizada (en sentido estricto).
- Mediante la tipificación, en su caso, de delitos de favorecimiento, que extiendan la responsabilidad más allá del seno de la organización, a terceros que, aun sin caer dentro del ámbito de la cooperación en el delito (por razones objetivas, ante la ausencia de previsibilidad de un concreto hecho principal lesivo, o subjetivas, por falta de dolo del favorecedor respecto de dicho hecho), configure de modo inadecuado su esfera de responsabilidad, de manera que ello facilite las actuaciones delictivas (“terroristas”) de tercero: terceros genéricos o, más plausiblemente, restringiéndolo al caso de ciertos terceros; por ejemplo, a los integrantes de una organización criminal). Estaríamos, pues, ante un delito de peligro: concretamente, ante un delito de peligro abstracto de aptitud (Rodríguez Montañés (1994): 300, 311-313), aun cuando la aptitud lesiva no se referiría, como es usual, a una acción lesiva del propio autor, sino de un tercero. En todo caso, la regulación del favorecimiento (un delito de favorecimiento –mal regulado– lo es, por ejemplo, el actual delito de colaboración con organización terrorista) debería configurarse de manera restrictiva¹⁸.

17 En un delito de integración genérico o, mejor, en uno específico, sólo para ciertas clases de organizaciones criminales, las más peligrosas (las más necesitadas de intervención preventiva), entre las que podrían figurar algunas de las que persiguen determinadas finalidades políticas. (En este segundo modelo, las conductas preparatorias en el seno del resto de las organizaciones criminales seguirían siendo no delictivas.)

18 Cabrían varias alternativas de regulación (PAREDES CASTAÑÓN (2002): 418-420). Así, en primer lugar, son imaginables distintas formas de vinculación entre el delito de favorecimiento y la conducta delictiva principal (lesiva). En este sentido, podría optarse por desvincular completamente la responsabilidad del autor del delito de favorecimiento de cualquier exigencia de accesoriedad respecto de la conducta del eventual tercero, de manera que pudiera castigarse por el delito de favorecimiento también sin necesidad de que hubiese tenido lugar el resultado lesivo. O podría decidirse, por otra parte, convertir la conducta penalmente antijurídica del tercero en condición para la punición. Y, en este caso, podría considerarse suficiente con la actuación peligrosa –y antijurídica– del tercero, o exigir la presencia efectiva de un resultado lesivo. Siendo posible, en cualquiera de las dos modalidades, tratar desde el punto de vista subjetivo el comportamiento del tercero como mera condición objetiva de punibilidad, o bien exigir dolo del favorecedor. En segundo lugar, desde el punto de vista del desvalor subjetivo de la acción, cabría barajar también diversas alternativas de regulación. Así, de una parte, sería necesario decidir si la conducta de favorecimiento debería castigarse sólo a título de dolo o también a título de imprudencia. En este sentido, me parece claro que, en materia de delincuencia política organizada, sólo la conducta dolosa debería estar –en su caso– incriminada. Por otra parte, en el caso de la modalidad dolosa podría elegirse entre varios modelos de vinculación en el plano subjetivo entre acción de favorecimiento y acción lesiva principal (restringiéndose con ello más o menos el ámbito de lo típico). Cabiendo desde una absoluta desvinculación (exigiéndose únicamente dolo de peligro –respecto de la aptitud favorecedora– de parte del autor) hasta la exigencia de una vinculación subjetiva genérica (pidiéndose la presencia de un elemento subjetivo específico del

VIII) Conclusiones (1): una reforma radical de los delitos de terrorismo¹⁹

Acabo ya. Formulando en detalle las consecuencias que, *de lege ferenda*, cabría extraer de las anteriores reflexiones. Concretando, pues, mi modesta proposición para derogar los delitos de terrorismo, en todo aquello que carece por completo de cualquier justificación político-criminal plausible.

He aquí la propuesta, que se puede sintetizar en los siguientes seis puntos (referidos tanto al Derecho español como al Derecho portugués:

1º) Supresión de la agravación de la pena para los delitos terroristas (arts. 573-574 CPE, arts. 4.1 y 4.2 Lei n.º 52/2003). Los delitos cometidos por miembros de las ahora denominadas “organizaciones terroristas” mantendrían la pena correspondiente al delito común, contra bienes jurídicos individuales o supraindividuales, de que se trate.

2º) Supresión del delito de organización terrorista (arts. 571-572 CPE, art. 2.2 Lei n.º 52/2003). Las conductas de integración en las ahora denominadas “organizaciones terroristas” resultarían subsumibles, en su caso, en el delito de integración en organización criminal (arts. 570 bis y ss. CPE, art 299 CPP), que debería ser también reformado.

3º) Reforma del delito de colaboración con organización terrorista (art. 577 CPE, art. 2.2 Lei n.º 52/2003), acotándolo tanto desde un punto de vista objetivo (excluyendo expresamente del mismo conductas permitidas, limitando la tipicidad al favorecimiento de auténticas organizaciones –en sentido estricto– criminales con fines políticos e introduciendo la exigencia de conexión causal directa entre la actividad de colaboración y las actividades delictivas, o de preparación de delitos, de la organización)²⁰ como subjetivo (exigiendo al menos dolo de peligro respecto del resultado lesivo).

4º) Supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CPE). Las conductas subsumibles en este precepto o lo son también en otros delitos contra bienes jurídicos individuales (amenazas, injurias) o constituyen ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión.

5º) Supresión de todas las disposiciones de excepción en materia procesal y penitenciaria. No existe ninguna razón, compatible con los principios y garantías de un Estado de Derecho, que justifique ni suprimir garantías procesales para delincuentes terroristas, ni mucho menos tratar de manera discriminatoria, restringiendo sus derechos, a los penados por tales delitos.

injusto, de resultado cortado: que el autor del acto de favorecimiento pretenda favorecer actuaciones delictivas de terceros). Pues en el caso de que la vinculación subjetiva fuera más específica –la finalidad de promover un determinado acto delictivo de un determinado sujeto– nos hallaríamos ya ante actos punibles por la vía de la cooperación en el delito principal. Por fin, es importante introducir, en cualquier regulación de un delito de favorecimiento de la delincuencia organizada, la exigencia para la tipicidad de la conducta de que la acción objetivamente favorecedora (y realizada de modo intencional) no caiga dentro de espacios de riesgo permitido o de ejercicio legítimo de derechos (PAREDES CASTAÑÓN (2008)).

19 Abreviaturas de la legislación citada en el texto: CPE: Código Penal español; CPP: Código Penal portugués; Lei n.º 52/2003: Lei n.º 52/2003 (22-08-2003) de combate ao terrorismo (em cumprimento da Decisão Quadro n.º 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho) - décima segunda alteração ao Código de Processo Penal e décima quarta alteração ao Código Penal.

20 En consecuencia, debe quedar claro que coadyuvar a los objetivos políticos de la organización terrorista no es, en sí misma, una conducta de colaboración.

IX) Conclusiones (2): una reforma mínimamente garantista de los delitos de terrorismo

No sería un buen diseñador de políticas criminales –ni, en general, de políticas públicas– quien, no obstante, no fuese capaz de distinguir entre lo óptimo y lo verdaderamente posible. Por ello, porque soy perfectamente consciente de que en el ambiente político presente propuestas como la que acabo de formular suenan a ciencia-ficción (o, peor, a provocación), yo también tengo un “plan B”, dirigido a reformar y a mejorar la actual regulación de los delitos de terrorismo, sin hacerla desaparecer (casi) por completo, como me parecería lo más razonable.

Esta propuesta alternativa, menos radical²¹, consistiría en lo siguiente:

1º) Modificación de la definición legal de organización terrorista (art. 573 CPE, art. 2.1 Lei n.º 52/2003), sobre las siguientes bases: a) sustituir la actual referencia a la intencionalidad por una referencia a la lesividad objetiva de la conducta; b) concretar, y limitar, dicha lesividad (que convertiría un delito en delito terrorista) a la afectación a la estabilidad del orden constitucional; y c) incorporar explícitamente la exigencia de que exista afectación efectiva a la estabilidad del orden constitucional, no bastando con la mera puesta en peligro (menos aún con la peligrosidad abstracta).

Si, como opción más moderada, se opta por mantener la especificidad de la regulación legal de los delitos de terrorismo, cuando menos es imprescindible definirlos con mayor precisión, en los tres sentidos indicados: exigencia de lesividad objetiva, exigencia de lesión efectiva (y no mera puesta en peligro o peligrosidad) y limitación a los supuestos en los que la actuación terrorista afecta efectivamente a la estabilidad del sistema político (y ello se compruebe). Una restricción de esta índole dejaría igualmente muchos de los supuestos que habitualmente se tratan como terrorismo fuera del ámbito de aplicación de estos delitos, por falta de lesividad suficiente.

2º) Limitar el ámbito de aplicación de la agravación de la pena por terrorismo a delitos contra bienes jurídicos personales, contra la seguridad colectiva, determinados delitos contra el orden constitucional (rebelión –art. 472 CPE/alteración violenta del Estado de Derecho –art. 325 CPP–, delitos contra la Corona –arts. 485-489 CPE/atentado contra o Presidente da República –art. 327 CPP) y al delito de atentado.

Dando por supuesto que pueda existir alguna justificación para agravar las penas de delitos cometidos por organizaciones terroristas, ello sólo parece poder tener sentido en el caso de ciertos delitos particularmente graves y, además, que es particularmente frecuente que sean cometidos por tales organizaciones. Cualquier otra extensión de la agravación carecería de justificación político-criminal alguna.

3º) Supresión de los nuevos delitos de terrorismo creados por las últimas reformas antiterroristas de 2015 (en España, por la Ley Orgánica 2/2015; en Portugal, por la Lei n.º 17/2011, de 3 de maio y por la Lei n.º 60/2015, de 24 de junho: recepción de entrenamiento militar (art. 575 CPE, arts. 4.5-4.7 Lei n.º 52/2003), colaboración imprudente con organización terrorista (art. 577.3 CPE) y difusión de consignas de incitación al terrorismo (art. 579 CPE, art. 4.3 Lei n.º 52/2003).

Se trata, respectivamente, de una tentativa de acto preparatorio, que debería permanecer impune, para no anticipar la intervención penal en demasía; de un acto preparatorio imprudente,

21 Otra propuesta en esta misma línea, posibilista, es la de GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2010).

que debería quedar impune (tégase en cuenta que la cooperación en el delito, si es imprudente, resulta atípica); y de un acto de provocación pública al delito.

4º) Delimitar adecuadamente el delito de integración en organización terrorista (art. 572 CPE, art. 2.2 Lei n.º 52/2003): exigiendo explícitamente la participación en actividades preparatorias de posteriores actos delictivos.

Si el delito de integración en organización terrorista tiene algún sentido, este será el de castigar actividades preparatorias de posteriores delitos a cometer por la organización. Pero, entonces, es esencial que sólo tales actividades sean castigadas por esta vía, y no cualquier otra.

5º) Definir restrictivamente los conceptos de “*promotor*” o de “*director*” de una organización terrorista (art. 572.1 CPE, art. 2.3 Lei n.º 52/2003): exigiendo explícitamente un dominio sobre la organización terrorista al completo.

La pena especialmente agravada para estas figuras sólo se justifica en el caso de que concurra en sus personas –individualmente o en conjunto– pleno dominio (como creadores o como sucesores de estos) de la organización. En el resto de los casos (para cualquier otro cargo directivo dentro de la organización terrorista) debería aplicarse el tipo básico de integración en organización terrorista, no la agravada.

6º) Delimitación del delito de colaboración terrorista, en los términos más arriba expuestos.

7º) Reducción significativa de todas las penas para delitos terroristas, conforme a los principios de proporcionalidad y de humanidad.

Por lo que hace a las penas de prisión para delitos terroristas, hay que hacer dos objeciones básicas a la política criminal vigente. En primer lugar, entiendo que no existe ninguna razón para que las penas por delitos terroristas sean muchísimo más graves que las que les corresponden a los mismos delitos cuando son cometidos fuera del contexto terrorista. Aun dando por buena la legitimidad de la agravación de la pena (lo cual ya es, como he señalado, discutible), lo más que, en este sentido, podría resultar aceptable para el subtipo agravado es una pena inmediatamente superior, o más bien la mitad superior de la pena. Por otra parte, en segundo lugar, si hablamos de límites absolutos a la pena, en atención a los principios de proporcionalidad y de humanidad, comparto plenamente la propuesta del Grupo de Estudios de Política Criminal: ninguna pena de prisión por un único delito debería superar los diez años de duración; y, aun en caso de concurso de delitos, no se deberían superar los quince años de cumplimiento.

8º) Supresión de la pena de libertad vigilada posterior al cumplimiento de la pena de prisión (art. 579 bis.2 CPE) y, en su caso, aplicación como pena de delitos terroristas de menor gravedad (colaboración con organización terrorista, integración en organización terrorista).

La libertad vigilada podría operar como una pena alternativa a la de prisión, para delitos terroristas de poca gravedad. En todo caso, está claro que como pena acumulada a las (larguísimas) penas de prisión legalmente previstas, constituye una pena no sólo inútil, sino además que agrava aún más la inhumanidad de dichas penas.

9º) Modificación del régimen de aplicación de las penas de inhabilitación a los delitos terroristas (art. 579 bis.3 CPE): no debería operar como pena cumulativa junto con la pena de prisión, sino que debería sustituir a la pena de prisión, como pena adecuada para las formas de delincuencia terrorista más leve: para el delito de colaboración con organización terrorista, por ejemplo.

En el mismo sentido acabado de exponer, la acumulación de una pena de inhabilitación a la pena de prisión, para delitos de terrorismo graves, carece de sentido (salvo como puro encarnizamiento, inhumano, con el penado). En cambio, las penas privativas de derechos podrían constituir una buena alternativa a la pena de prisión para delitos de terrorismo de menor gravedad, como los de colaboración o integración en organización terrorista.

10º) Reducir significativamente la amplitud de los marcos penales de los delitos terroristas, para hacerla compatible con la exigencia de determinación derivada del principio de legalidad penal.

11º) Supresión del delito de depósito de armas terrorista (art. 574 CPE).

No existe ninguna razón para agravar la pena de este delito. Debería regirse por las reglas generales.

12º) Supresión del delito de enaltecimiento del terrorismo (art. 578 CPE).

13º) Supresión de todas las disposiciones de excepción en materia procesal y penitenciaria.

Bibliografía citada

- ALTHEIDE, David L. (2006): *Terrorism and the Politics of Fear*, AltaMira Press, Oxford.
- AVILÉS, Juan /HERRERÍN LÓPEZ, Ángel (eds.) (2008): *El nacimiento del terrorismo en Occidente, Siglo XXI*, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1965): *El problema del positivismo jurídico*, trad. E. Garzón Valdés, Eudeba, Buenos Aires.
- BURLEIGH, Michael (2008): *Sangre y rabia. Una historia cultural del terrorismo*, trad. M. Martínez-Lage/N. Rodríguez-Martín, Taurus, Madrid.
- CANCIO MELIÁ, Manuel (2010): *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, Reus, Madrid.
- EVANS, Brad (2013): *Liberal Terror*, Polity Press, Cambridge.
- FAIRCLOUGH, Norman/WODAK, Ruth (2000): *Análisis crítico del discurso*, en VAN DIJK, Teun A. (comp.): *El discurso como interacción social*, Gedisa, Barcelona, pp. 367 ss.
- FOUCAULT, Michel (1968): *Las palabras y las cosas*, trad. E. C. Frost, Siglo XXI, Buenos Aires.
- FOUCAULT, Michel (1970): *La arqueología del saber*, trad. A. Garzón del Camino, Siglo XIX, México.
- FOUCAULT, Michel (1973): *El orden del discurso*, trad. A. González Troyano, Tusquets, Barcelona.
- FOUCAULT, Michel (1977): *Historia de la sexualidad, I (La voluntad del saber)*, trad. U. Guiñazú, Siglo XXI, Buenos Aires.
- GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo (2013): *El laboratorio del miedo. Una historia general del terrorismo*, Crítica, Barcelona.
- GOODE, Erich/BEN-YEHUDA, Nachman (2009): *Moral Panics. The Social Construction of Deviance*, 2ª ed., Wiley-Blackwell, Chichester.
- GREENE, Jody (2008): *Hostis Humani Generis*, en *Critical Inquiry* 34, pp. 683 ss.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL (2010): *Una alternativa a la actual política criminal sobre terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- HALL, Richard H. (2002): *Organizations*, 8ª ed., Prentice Hall, Upper Saddle River.
- HAMBLIN, Charles Leonard (1970): *Fallacies*, Methuen, London.
- JACKSON, Richard H. (2005): *Writing the War on Terrorism*, Manchester University Press, Manchester.
- JACKSON, Richard H. (2009): *Knowledge, power and politics in the study of political terrorism*, en JACKSON, Richard H./BREEN SMYTH, Marie/GUNNING, Jeroen (eds.): *Critical terrorism studies*, Routledge, Abingdon/New York, pp. 66 ss.
- JACKSON, Richard H./BREEN SMYTH, Marie/GUNNING, Jeroen (2009): *Critical terrorism studies. Framing a new research agenda*, en LOS MISMOS (eds.): *Critical terrorism studies*, Routledge, Abingdon/New York, pp. 216 ss.
- JACKSON, Richard H./JARVIS, Lee/GUNNING, Jeroen/BREEN-SMYTH, Marie (2011): *Terrorism. A Critical Introduction*, Palgrave Macmillan, Houndmills/New York.

- LAQUEUR, Walter (2003): *Una historia del terrorismo*, trad. T. Fernández Aúz/B. Eguíbar, Paidós, Barcelona.
- LLOBET ANGLÍ, Mariona (2010): *Derecho Penal del terrorismo*, La Ley, Madrid.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm (1887): *La genealogía de la moral*, II-13, ed. A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1972 (reimpr. 2002).
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2002): *La responsabilidad penal por productos defectuosos: problemática político-criminal y reflexiones de lege ferenda*, en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (dtora): *Derecho Penal de la empresa*, Universidad Pública de Navarra, Pamplona, pp. 403 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2003): *Los delitos de peligro como técnica de incriminación en Derecho Penal económico: bases político-criminales*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología* 11, pp. 95 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2008): *Límites sustantivos y procesales en la aplicación de los delitos de integración y de colaboración con banda armada. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2007 ("Caso EKIN")*, en *La Ley* 6906, 2008, pp. 1 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2010a): *El "terrorista" ante el Derecho Penal: por una política criminal intercultural*, en SERRANO-PIEDCASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (dtors.): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, pp. 137 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2010b): *Libertad, seguridad y delitos de amenazas*, en *Estudios Penales y Criminológicos* XXIX, pp. 363 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2010c): *El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)*, en LUZÓN PEÑA, D. M. (dtor.): *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 911 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2011): *"Efecto social" del hecho y merecimiento de pena: para una crítica de la política criminal de la seguridad*, en MUÑAGORRI, Ignacio/PEGORARO, Juan S. (coords.): *Órdenes normativos y control social en Europa y Latinoamérica en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, pp. 213 ss.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2013): *La justificación de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel (2015): *Antiterrorismo y normalización política (Algunas reflexiones a partir de La battaglia di Algeri)*. Trazos de Aprendizaje y de Experiencia, 17-12-2015, 9,00. Disponible en: <http://josemanuelparedes.blogspot.com/2015/12/antiterrorismo-y-normalizacion-politica.html>.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa (1994): *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- SCHMITT, Carl (1950): *El Nomos de la tierra en el Derecho de Gentes del "Ius publicum europaeum"*, trad. D. Schilling Tou, Comares, Granada, 2002.
- SHAFIR, Gershon/SCHAIRER, Cynthia E. (2013): *The War on Terror as a Political Moral Panic*, en SHAFIR, Gershon/MEADE, Everard/Aceves, William J. (eds.): *Lessons and Legacies of the War on Terror: From Moral Panic to Permanent War*, Routledge, London, pp. 9 ss.
- STAMPNITZKY, Lisa (2013): *Disciplining Terror. How Experts Invented "Terrorism"*, Cambridge University Press, Cambridge.