

INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO PENAL Y DE LA POLÍTICA CRIMINAL: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA *LUCHA* JURÍDICO-PENAL CONTRA EL TERRORISMO (*)

Manuel Cancio Meliá

I- INTRODUCCIÓN

1. Cuando se habla de la "globalización" o de la "internacionalización" del Derecho penal, parece que está claro cuáles son los puntos de partida básicos que delimitan y configuran la cuestión: por un lado, el Derecho penal es considerado generalmente la manifestación jurídica por excelencia de la soberanía del Estado. De modo especialmente destacado en la tradición jurídico-política que se suele denominar *européo-contiñental*, a la idea de codificación (de las normas penales) –a través del contenido político y jurídico-constitucional del principio de legalidad– le corresponde una relevancia que va mucho más allá de su significación estrictamente técnico-legislativa, al servicio de la seguridad jurídica. El Derecho penal, y determinados elementos de su configuración jurídico-técnica, por tanto, constituyen, en principio, un bloque (especialmente) particularista en un ordenamiento jurídico estatal. Por otro lado, sin embargo –como se subraya en la bibliografía con cada vez mayor insistencia–, la creciente globalización de la economía (y de la sociedad) no puede producirse sin que se genere también una *criminalidad globalizada*, marcando una nueva agenda para el Derecho penal: "frente a internacionalização do crime, urge responder com a internacionalização da política de combate ao crime" (1).

* El texto es una versión, provista de algunas referencias bibliográficas básicas, de la conferencia presentada por el autor en Coimbra el día 24.11.2006 en las *III Jornadas Jurídicas Luso-Espanholas: Internacionalização do Direito no novo século (ad honorem Jorge de Figueiredo Dias)* (Universidade de Coimbra, Faculdade de Direito).

¹ MIRANDA RODRÍGUES/LOPES DA MOTA, *Para uma política criminal europeia. Quadro e instrumentos da cooperação judiciária em matéria penal no espaço da União Europeia*, 2002, p. 15; cfr. también, por ejemplo, PRADEL, *Revue Juridique Themis* (= RJT) 35 (2001), pp. 241 y ss.; SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 Y ss.

Este "crimen internacional(izado)", como es lógico, afecta sobre todo a ámbitos que se encuentran directamente relacionados con la interconexión económica del mundo, es decir, determinados delitos económicos en sentido estricto, ciertos supuestos transnacionales de responsabilidad por el producto o algunas modalidades de daños medioambientales internacionales. Sin embargo, en este contexto adquiere también especial relevancia el desarrollo de una especie de internacional islamista-terrorista en forma de una red que intercambia informaciones y se coordina sobre todo a través de internet –se trata de una nueva fase evolutiva del fenómeno que ya ha sido bautizada como el "formato 'tercer milenio' del terrorismo" (2)– y que parece haberse constituido para las sociedades de Occidente en el arquetipo de una organización criminal internacional moderna, y, con ello, también del *crimen internacional* de hoy. Los principales sectores de esta criminalidad transnacional –y, con ello, las puntas de lanza de la política criminal occidental del momento– están probablemente en determinadas infracciones económicas con implicaciones internacionales, los delitos relacionados con el tráfico de drogas que tienen lugar a escala internacional, diversas formas de daños medioambientales de carácter transnacional, los delitos producidos en el contexto de movimientos migratorios y, como antes se decía, en la cada vez mayor interacción internacional de algunas organizaciones terroristas (3).

En todos estos sectores, el elemento colectivo –bajo el rótulo de la *lucha* contra la *criminalidad organizada*– resulta decisivo para la definición de esas nuevas formas de criminalidad: siempre se trata de organizaciones, que tienen una influencia esencial en la representación mediática y en la valoración del potencial de riesgo por parte de los agentes políticos y de la población, ejerciendo también, en correspondencia, un

² WALKER, *Crim. L. R.* 2004, p. 314.

³ *Vid.*, por ejemplo, las secciones previstas para el XVIII congreso de la Asociación Internacional de Derecho penal (Estambul, 2009): extensión de las formas punibles de preparación y participación en el delito, financiación del terrorismo, medidas especiales en el proceso penal y derechos humanos, jurisdicción universal (*vid* www.penal.org/new/activites.php?langage=fr&Doc_zone=ACTIVITE&ID_doc=23). Respecto de las amenazas globales o transnacionales cfr. sólo PIETH, *ZStW* 109 (1997), pp. 756 y ss., 761 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1ª ed., 1999, 2ª ed., 2001, pp. 26 y ss.; SCHÜNEMANN, *GA* 2003, pp. 302 y ss.; PICOTTI, en: *Criminalità transnazionale fra esperienze europee e risposte penali globali*, 2005, pp. 83 y ss., 85 y ss.; BRAUM, en: *Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (ed.), Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, p. 29.

influjo determinante en la concreta configuración de los contenidos de la política criminal práctica en este ámbito (⁴).

Sin embargo, esta preeminencia de las organizaciones en la criminalidad internacional no conduce a que ésta se identifique siempre, desde la perspectiva de la extracción social de sus autores, con una pertenencia a estratos dirigentes de la sociedad en cuestión. Por el contrario, la calificación de esta criminalidad en este contexto varía de modo muy notable, entre su entendimiento como "crime of the powerful" (⁵) o como "crime of the powerless" (⁶): en este sentido, se piensa tanto en amenazadoras "organizaciones de tráfico de personas" como en los paupérrimos patronos de las embarcaciones de madera que –siendo éstos en ocasiones evidentemente autores (materiales) y, a la vez, víctimas– protagonizan la inmigración clandestina en las costas del Sur de Europa; en el tráfico de estupefacientes, aparecen en el imaginario público tanto los temidos "cárteles internacionales de drogas" como la presencia en cárceles occidentales de gran número de pequeños contrabandistas (conocidos en español como "mulas").

Finalmente, en lo que concierne a las repercusiones de esta criminalidad internacional sobre el Derecho penal positivo, hay que subrayar ya ahora que ni siquiera está claro si el Derecho penal *globalizado* supone una ordenación positiva más represiva, o, por el contrario, más laxa: al potencial expansivo de la armonización de ordenamientos penales, subrayada con insistencia en la bibliografía (⁷), se contrapone con frecuencia la evidente desregulación que comporta la globalización económica, repercutiendo ésta necesariamente también en el Derecho penal (⁸).

⁴ Vid. sólo los diversos puntos de partida en los análisis recientes de los delitos de organización hechos en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada*, 2005, *passim*; HEFENDEHL, StV 2005, pp. 152 y ss.; CANCIO MELIÁ, en: PAWLIK/ZAZCYK *et al.* (ed.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2007, pp. 27 y ss.

⁵ Cfr., por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*² (nota 3), p. 83; MIRANDA RODRÍGUEZ/LOPES DA MOTA, *Para una política criminal europea* (nota 1), p. 14.

⁶ Así, respecto del terrorismo, VOGEL, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (= AFDUAM) 9 (2005), p. 116.

⁷ Es ésta la tesis principal de SILVA SÁNCHEZ (*La expansión*² [nota 3], pp. 80 y ss., 85) en este contexto; *vid.* también, por ejemplo, PIETH ZStW 109 (1997), p. 758; BRAUM, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 33 y ss.; respecto del ordenamiento japonés, en la misma línea IDA, en: www.rokko-jura-kongress2005.de/lda_de.pdf, pp. 2 y ss.

⁸ Así, por ejemplo, SCHÜNEMANN, GA 2003, pp. 299 y ss., 302, 303, 306 y ss., quien caracteriza esta ambivalencia como coexistencia de un "imperialismo jurídico defensivo" (con ello hace referencia a los obstáculos creados por los EE.UU. al desarrollo de un

2. La tensión político-criminal que, según una generalizada convicción, genera este "crimen internacional" algo amorfo se descarga, como es sabido, sobre todo en *cuatro vías de internacionalización* del Derecho penal⁽⁹⁾: en primer lugar, es necesario mencionar una nueva comprensión, y una intensificación generalizada, en el campo de la cooperación judicial, y, en un sentido más amplio, en la colaboración entre servicios de policía. La tendencia marcha hacia un debilitamiento del principio de territorialidad: de la extradición (corporal) al reconocimiento (ideal) de resoluciones ajenas⁽¹⁰⁾. En segundo lugar, como es natural, el ímpetu internacionalizador se manifiesta también en la armonización formal⁽¹¹⁾ de los ordenamientos nacionales a través de tratados de Derecho internacional, si bien este proceso –precisamente, en lo que atañe a su carácter internacional– frecuentemente queda "más bien oculto"⁽¹²⁾, ya que después de la transposición al Derecho nacional con frecuencia ya no existe una conciencia general del origen de las nuevas normas. En tercer lugar, el proceso supranacional que está teniendo lugar en la EU⁽¹³⁾ –que oscila entre la armonización y la afirmación de una competencia legislativa

Derecho penal internacional efectivo) con un "imperialismo jurídico ofensivo", o incluso de una "colonización jurídica" (la imposición internacional del programa político-criminal, de nuevo, de los EE.UU. en algunos ámbitos, como el de la persecución internacional de la corrupción privada o el del tráfico de estupefacientes); cfe. también BRAUM, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 27 y ss.

⁹ Para las presentes reflexiones de carácter preliminar puede quedar fuera de consideración la cuestión de cuál es el grado de incidencia de las normas internacionalizadas sobre la realidad jurídico-aplicativa; si se pretende, en cambio, ofrecer una imagen menos genérica que la que aquí se quiere trazar, es imprescindible llevar a cabo un análisis de conjunto más allá de lo meramente normativo, es decir, teniendo en cuenta *el law in action* en sentido amplio, para poder evaluar la *profundidad* estatal de los distintos factores de internacionalización; cfe. en este sentido, con carácter general respecto de los análisis iuscomparativos, por todos, PERRON, ZStW 109 (1997), pp. 290 y ss.; JUNG, JuS 1998, pp. 2 y s., ambos con ulteriores referencias e instructivos ejemplos.

¹⁰ Como es sabido, esta evolución ha alcanzado particular densidad en el marco de la Unión Europea; *vid.* sólo MIRANDA RODRÍGUEZ/LOPES DA MOTA, *Para una política criminal europea* (nota 1), pp. 13 y ss.; AMBOS, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Völkerstrafrecht. Europäisches Strafrecht*, 2006, 12/19 y ss., 56 y ss.

¹¹ PRADEL, RJT 35 (2001), pp. 241 y ss., 248 y ss., denomina a estas tendencias de armonización de los ordenamientos penales nacionales "mondialisation apparente", en contraposición con la "verdadera" internacionalización que se produciría a través del Derecho penal inter- o supranacional.

¹² PERRON, ZStW 109 (1997), p. 281.

¹³ Según SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [ed.], *Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach*, 2006, pp. 91 y s.), a pesar del fracaso del proyecto de Constitución no se aprecia que el proceso se haya detenido.

autónoma de la Unión ⁽¹⁴⁾–, evidentemente, es un centro de gravedad esencial de la internacionalización en Europa, y cabe pensar que en el futuro existirán procesos similares en otros contextos geográficos ⁽¹⁵⁾. Finalmente, ha de constatarse una intensificación también en el campo del Derecho penal internacional en sentido estricto: aunque se discute intensamente acerca de la verdadera densidad de este Derecho penal global, parece claro que también aquí ha comenzado un nuevo ciclo evolutivo ⁽¹⁶⁾.

3. Con el breve esbozo hecho queda delimitado el campo en el que, conforme a la opinión generalizada en la discusión teórica, tiene lugar la actual globalización del Derecho penal. Sin embargo, desde la perspectiva aquí adoptada, junto con estas primeras manifestaciones jurídico-positivas de la internacionalización también cabe constatar la convergencia –permítase de momento una formulación aproximada– de ciertos discursos sobre el Derecho penal, es decir, en cierto modo, del entorno ideológico del Derecho positivo. En lo que sigue, se intentará llevar a cabo alguna reflexión sobre estos discursos penales internacionalizados. Primero desde una perspectiva general (*infra* II), después específicamente (y a modo de ejemplo) respecto del terrorismo (*infra* III).

II - PROCESOS DE INTERNACIONALIZACIÓN ("IDEOLÓGICA")

A) Ciencia del Derecho penal

En el momento actual, uno de los objetos esenciales de la ciencia del Derecho penal en nuestra tradición, la dogmática jurídico-penal (concre-

¹⁴ Sobre el estado de la cuestión *vid.* últimamente, por ejemplo, desde distintas perspectivas, BOSE, GA 2006, pp. 211 y ss.; BRAUM, *wistra* 2006, pp. 121 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, en: BAJO FERNÁNDEZ (ed.), *Constitución Europea y Derecho penal económico*, 2006, pp. 326 y ss.; NIETO MARTÍN, RGDP 4 (nov. 2005), www.iustel.com

¹⁵ *Vid.*, por ejemplo, la exposición en AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 9 y ss.; TIEDEMANN, ZStW 116 (2004), pp. 945 y ss. En el marco de esta discusión, las olas de la polémica suelen alcanzar dimensiones considerables; a quienes se manifiestan críticos respecto de la evolución europea en el ámbito del Derecho penal, con frecuencia se les reprocha de modo bastante genérico una actitud de *europesinismo* (y, con ello, también una perspectiva nacionalista). También en este caso, parece que será de utilidad optar por más descripción y menos polémica. En este sentido, parece que el mejor servicio al europeísmo está en una actitud sosegada: la constatación de que en la construcción de casas resulta más conveniente comenzar con los fundamentos que con el tejado no supone un rechazo del proyecto de construcción de la casa (*vid.* sólo CANCIO MELIÁ, en: *Constitución Europea* [nota 14], pp. 270 y ss.).

¹⁶ Cfr. sólo AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), §§ 5 y ss.

tamente: la dogmática de origen alemán, practicada tanto en Portugal como en España), parece estar (de nuevo) en crisis. Sin embargo, si en el pasado más reciente la utilidad del trabajo dogmático se puso en tela de juicio más bien desde la teoría –en una época en la que estaba extendida la esperanza de poder llegar a marginalizar la pena en sentido estricto a través de la resocialización–, ahora predomina la impresión de que la evolución que cuestiona las bases tradicionales de la dogmática es impulsada, ante todo, por el propio legislador, de modo que, una vez convertido el impulso político-criminal en Ley, se estaría minando *desde dentro* la elaboración dogmática. No es ya un programa alternativo al Derecho penal, abolicionista, el que pone en cuestión instituciones básicas de la dogmática jurídico-penal, sino que son ciertas inserciones modernas en el Derecho positivo los generadores de la crisis: en el plano del injusto, diferencias en los marcos penales (piénsese, por ejemplo, en ciertas penas amenazadas para delitos graves contra bienes jurídicos personalísimos en comparación con las penas previstas en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas) que carecen de toda posible explicación racional; en la redacción de los tipos, anticipaciones de la punibilidad que prácticamente dinamitan categorías dogmáticas enteras, como las de autoría y participación, tentativa y consumación u otras instituciones centrales de la teoría de la imputación.

A pesar de que esta evolución, como es sabido, tiene lugar simultáneamente en muchos ordenamientos penales occidentales, la "cuestión de fe" ⁽¹⁷⁾ de si está teniendo lugar una convergencia científica de entidad comparable probablemente deba ser contestada negativamente ⁽¹⁸⁾; en lo esencial, parece aún plenamente adecuada la imagen trazada por *Fletcher*, quien ve un mundo jurídico-penal (occidental) fundamentalmente bipolar, fraccionado en el círculo jurídico anglosajón y en el círculo jurídico continental, ubicándose en torno al segundo varios círculos concéntricos alrededor de la ciencia del Derecho penal alemana, especialmente influyente ⁽¹⁹⁾. Es cierto que en los últimos años cabe constatar dentro del

¹⁷ Así VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 124.

¹⁸ HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 835 y ss., propone distinguir entre ciencia nacional y ciencia internacional del Derecho penal.

¹⁹ En: ESER/HASSEMER/BURHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, pp. 235 y ss.; adopta una posición crítica respecto de un "pensamiento (de separación) demasiado esquemático" y de una perspectiva exclusivamente *occidental*, por ejemplo, JUNG, JuS 1998, pp. 3 y s.

"primer círculo" (en el que habría que mencionar quizás junto a Alemania a Italia, Portugal, América latina y España) un mayor intercambio; en particular, la ciencia del Derecho penal alemana muestra últimamente cierta tendencia a tener en cuenta también trabajos publicados en otros idiomas ⁽²⁰⁾, y también puede decirse que en todo el *continente* jurídico-penal hay mayor interés por la teoría jurídico-penal hecha en lengua inglesa; sin embargo, no puede decirse que se haya progresado hacia un verdadero conocimiento mutuo. Si, por ejemplo, se compara la relativa homogeneidad de los sistemas jurídico-penales latinoamericanos –y la relativa facilidad con la que circulan las obras teóricas escritas en español en los países del área– con la situación en la DE, con sus enormes diferencias sistemáticas y la incomunicación generalizada fuera de algunos pocos países, ésta se asemeja a una verdadera Torre de Babel jurídico-penal ⁽²¹⁾. En este sentido, es significativo que a pesar de los rápidos avances en la europeización de los ordenamientos penales estatales y de la aparición de los primeros signos de un futuro Derecho penal europeo, los ordenamientos europeos no han sido aún objeto de un estudio comparado en profundidad ⁽²²⁾.

B) Pragmatismo e ideología (penal)

Como antes se ha esbozado, uno de los factores desencadenantes de la internacionalización del Derecho penal parece estar en el desarrollo (y en la percepción social) del crimen transnacional. En consecuencia, se constata respecto de los impulsos legislativos en los campos *internacionalizados* del Derechos penal una orientación que sería ante todo

²⁰ Crítico respecto de la actitud contraria TIEDEMANN, GA 1998, pp. 107 y ss.; *vid* sobre la cuestión también HIRSCH, ZStW 116 (2004), pp. 851 y ss.; ROXIN, en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), pp. 378 y ss., 381.

²¹ *Vid* sólo la argumentación de KÜHL, ZStW 109 (1997), pp. 777 y ss., 792 y ss.; cfr. también las distintas perspectivas sobre el problema recogidas en TIEDEMANN (ed.), *Wirtschaftsstrafrecht in der europäischen Union. Rechtsdogmatik -Rechtsvergleich Rechtspolitik (Freiburg-Symposium)*, 2002.

²² Parece significativo que en lo que se alcanza a ver, no se ha vuelto a alcanzar el nivel de las "Vergleichenden Darstellungen" alemanas publicadas a principios del s. XX; constatan una especial necesidad de llevar a cabo estudios de Derecho comparado en el momento especial, por ejemplo, JUNG (JuS 1998, pp. 1, 7); ROXIN (en: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* [nota 19], pp. 378 y ss., 381 y ss.) o SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], pp. 80 y ss., 93 y s.)

pragmática ⁽²³⁾, dirigida a la satisfacción de las necesidades de persecución existentes ⁽²⁴⁾. Desde esta perspectiva, parece comprensible que los frentes científicos permanezcan más o menos rígidos a pesar de la internacionalización de facto: no es necesario un acercamiento científico si el encuentro entre los diversos ordenamientos jurídicos se produce en su periferia respectiva, en el campo sectorialmente limitado del combate contra el crimen internacional. De acuerdo con esta imagen, el Derecho penal globalizado tan sólo afecta a los sectores de regulación globalmente relevantes, constituyendo así un segmento jurídico-penal no esencial, agrupado en la periferia de un núcleo que seguiría siendo estatal y estable. En efecto, parece evidente que el factor de la lucha preventiva efectiva y de orientación policial ocupa una posición central en la comunicación pública acerca de los fenómenos de globalización del Derecho penal. Sin embargo, no se hace justicia a la verdadera profundidad del proceso de internacionalización si se concibe como una especie de deformación pragmática en los márgenes del ordenamiento penal. Si el Derecho (penal) es un sistema social, su situación no puede divergir radicalmente del sistema económico globalizado, de carácter dominante, no puede separarse de la "producción material"; por el contrario, también la "producción intelectual" es globalizada: "Los productos intelectuales de las diversas naciones se convierten en bien común. La limitación y unilateralidad nacionales son cada vez más imposibles"⁽²⁵⁾. También la internacionalización penal tiene su sustrato ideológico-programático: no todo es mero pragmatismo de los agentes estatales en el plano de la persecución. Por el contrario, lo cierto es que bajo la trepidante actividad interestatal puede constatararse una larvada internacionalización de la política criminal, o, más concretamente, de las perspectivas de teoría de la pena que están en la base de aquella (10 que puede denominarse "ideología penal"); es esta circunstancia la que explica -quizás como la consecuencia de mayores efectos prácticos de toda la evolución -la infiltración de nuevas concepciones penales en la política criminal práctica dentro de los Estados. Esta globalización de la política criminal (y no

²³ En particular, bajo el decisivo influjo de la visión estadounidense del sistema penal; así, por ejemplo, VOGEL, AFDUAM 9 (2005), p. 118.

²⁴ Cfr. sólo SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*² (nota 3), pp. 82 y ss.; VOGEL, JZ 1995, pp. 331 y ss., 336; en consecuencia, SIEBER (en: SIEBER/ALBRECHT [nota 14], p. 92) ve una de las ventajas del proceso de internacionalización en una "persecución efectiva de la criminalidad transnacional".

²⁵ MARX/ENGELS, *Manifest der Kommunistischen Partei* [1848], 54.^a ed., 1987, pp. 49 y s.

política criminal de la globalización [económica]), por lo tanto, se presenta de modo puramente pragmático, pero presenta también un sustrato ideológico (de teoría de la pena).

Esta política criminal internacionalizada parte de una evolución en la que el Derecho penal pasa a primera línea de la política cotidiana, en un clamor que demanda en todas partes una mayor intervención de la pena pública, y puede caracterizarse –muy sintéticamente– a través de dos tesis básicas: en primer lugar, *la percepción social de los sucesos delictivos se reduce progresivamente a la perspectiva de la víctima*: ya el tratamiento jurídico-dogmático de la figura de la víctima concreta –en el plano de la aplicación, por tanto– muestra que se trata de un elemento extraordinariamente ambivalente en términos político-criminales: se plantea un verdadero *dilema victimológico*, en el que la introducción de este factor oscila entre la retirada de la protección del poder público (privatización) que puede significar atribuirle responsabilidad (*blaming the victim*) y la exacerbación de la desvaloración jurídico-penal de la conducta del autor que puede implicar colocar en primera línea de un supuesto el sufrimiento individual de la víctima⁽²⁶⁾. Esta ambivalencia es expresión de la relevancia estructural que para el moderno Derecho penal público tiene la posición de la víctima: *Hassemer* ha llegado a vincular el mismo nacimiento de este Derecho penal a la "neutralización de la víctima", a su disolución en el Estado como una especie de "víctima general"⁽²⁷⁾. Pues bien: cualquier análisis superficial de la comunicación acerca de los fenómenos criminales muestra que ésta se centra, progresivamente, en la perspectiva de la víctima. En el tratamiento de los sucesos acaecidos (víctima concreta) en los medios de comunicación, y en el discurso político-criminal activista en el que se adopta la posición –compartida por casi toda la población– de posible víctima, de víctima potencial⁽²⁸⁾. Parece claro cuál es el sesgo que toma tal reducción unilateral de la perspectiva acerca del delito: la absolutización de la *prevención fáctica*; la

²⁶ Vid. sólo CANCIO MELIÀ, *Conducta de la víctima e imputación objetiva*, 2ª. ed., 2001, pp. 221 y ss., 229 y ss.

²⁷ *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, 2.ª ed., 1990, p. 70.

²⁸ Vid. por todos, SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*² (nota 3), pp. 52 y ss. El ejemplo más acabado de este proceso, con una movilización social (autónoma) más que notable, hay que verlo en el "movimiento de defensa de los derechos de las víctimas" en los EE.UU., que ha tenido una influencia decisiva en la adopción de reglas de *three strikes* en muchos estados; cfr. sólo DUBBER, *Victims in the War on Crime. The Use and Abuse of Victims' Rights*, 2002.

víctima (potencial) –definida sólo como tal– lo que desea es no llegar a serlo ⁽²⁹⁾. En segundo lugar, *existe consenso político y social en el discurso político-criminal expansivo... o eso parece*. Aún sin entrar aquí en la concreta génesis de estos procesos de evolución político-criminal ⁽³⁰⁾, puede afirmarse que es un verdadero lugar común sostener que existe un amplísimo *consenso social* respecto de segmentos decisivos de la nueva legislación penal. El consenso se convierte en práctica unánimidad, en particular, en lo que se refiere a la regulación de las infracciones en materia de terrorismo ⁽³¹⁾. Parece claro, a grandes rasgos, que la población es favorable a "reacciones firmes"; pero es muy discutible que pueda darse por probada la existencia de ese pretendido consenso social respecto de concretas medidas o instituciones jurídico-penales. En este ámbito, aparte de la utilización política del fenómeno criminal, entra en juego la propia posición y dinámica de los medios de comunicación de masas, en particular, de la televisión.

En todo caso, puede constatarse que la demanda indiscriminada de mayores y "más efectivas" penas ya no es un tabú político para nadie; en todo Occidente, y en agentes políticos de muy diversa orientación, el discurso que fía al Derecho penal un papel decisivo en la prevención fáctica del delito es ubicuo ⁽³²⁾.

²⁹ *Vid.*, por todos, la exposición de SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*² (nota 3), pp. 52 y ss.

³⁰ *Vid.* CANCIO MELIÁ, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2.ª ed., 2006, pp. 90 y ss., con referencias. En todo caso, debe subrayarse aquí que en el plano fáctico, cabe constatar que ese consenso político-criminal es a veces un consenso inducido, fabricado: *vid.* sólo los *case studies* respecto del ámbito estadounidense (comenzando por la famosa utilización de la llamada *war on drugs* en la campaña presidencial de Bush I) contenidos en BECKETT, *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, 1997, *passim*.

³¹ "Desde luego, el ciudadano se acostumbra ante el trasfondo de determinados escenarios... [de acciones terroristas] a la completa abolición de su libertad sin reconocer el círculo vicioso: los Estados reaccionan frente al injusto con un mega-injusto" (ALBRECHT, ZStW 117 [2005], p. 854); los orígenes de esta evolución son, claro está, muy anteriores a la última década; *vid.* sólo el relato respecto de la evolución en el espectro político español en los años ochenta del siglo pasado contenido en TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL.OO. 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, pp. 31 y ss. En todo caso, debe subrayarse que este consenso es difuso –como no podía ser de otro modo–, no técnico, que se agota normalmente en pedir una "respuesta contundente"; *vid.* a continuación en el texto.

³² *Cfr.* la sintética caracterización de la situación por HASSEMER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), 113; *vid.* también CANCIO MELIÁ, ZStW 117 (2005), pp. 267 y ss., 273 y ss.

III- POLÍTICA CRIMINAL DE LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO

Finalmente, se harán algunas reflexiones acerca de la ideología penal de la internacionalización con base en el caso de los delitos de terrorismo: un ámbito en el que lo drástico de la más reciente evolución ha producido una aceleración y una especial densidad en la globalización de los discursos. Estas consideraciones muestran que a pesar de la invocación manifiesta de un solo pilar de apoyo –como antes se ha esbozado: prevención fáctica– cabe constatar también un elemento de ideología penal de características distintas: un mecanismo *normativo* distorsionado, una *construcción* de identidad social. A continuación, se abordará la política criminal práctica en materia de delitos de terrorismo (*infra* A). Después se recordarán algunas de las características empíricas del terrorismo como fenómeno social (*infra* B). Sobre esta base, finalmente, podrá hacerse alguna valoración de las consecuencias de la ideología penal subyacente sobre el ordenamiento jurídico-penal (*infra* C).

A) Eficiencia preventiva y demonización

1. Si algo ha mostrado el debate generado acerca del concepto del "Derecho penal" del enemigo (un sector de regulación en el que se adelanta al máximo la barrera de criminalización, se elevan las penas de modo drástico y se restringe sensiblemente el estatuto procesal del imputado ⁽³³⁾) para las infracciones en materia de terrorismo, es que la estrella en el arsenal argumentativo a favor de reglas completamente distintas para los *enemigos* (terroristas) está –de modo paralelo a lo que

³³ Sobre la situación político-criminal general, *vid.* por todos la fundamental síntesis elaborada por SILVA SÁNCHEZ, *La expansión*² (nota 3), *passim*, y, muy recientemente, el profundo estudio de BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación*, 2007. En este contexto, en la discusión ha adquirido enorme protagonismo la noción de "Derecho penal del enemigo"; sobre el concepto, *vid.* sólo JAKOBS, *ZStW* 97 (1985), pp. 753 y ss.; IDEM, *HRRS* 3/2004; IDEM, *Die Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004, pp. 40 y ss.; IDEM, en: CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA DÍEZ (ed.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, 2006, t. 2, pp. 93 y ss. Subrayando la potencia analítica del concepto, y en contra de su compatibilidad con un Derecho (penal) de un estado de Derecho CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), pp. 267 y ss.; IDEM, en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*² (nota 30), pp. 85 y ss. Desde el punto de vista aquí adoptado, la polémica internacional generada en torno a este concepto está siendo muy fructífera; *vid.* sólo los numerosos trabajos recogidos en CANCIO MELIÁ/GÓMEZ-JARA, *Derecho penal del enemigo*, 2 volúmenes (*vid. supra*).

sucede en otros sectores de regulación implicados en esta evolución político-criminal, pero aquí con mucho mayor intensidad– en la cuestión de la *peligrosidad* de los actos de los terroristas y en la consiguiente necesidad de su prevención instrumental ⁽³⁴⁾, al tratarse de una fuente de peligro especialmente significativa ⁽³⁵⁾. Dicho en las palabras del actual Ministro federal del interior alemán: "En la lucha contra el terrorismo tenemos que hacer uso efectivo de todos los instrumentos que están a disposición del terrorismo. El Derecho penal es parte de una misión de seguridad del Estado de orientación preventiva. Tenemos que combatir el terrorismo, también con el Derecho penal, allí donde comience a ser peligroso, y no sólo una vez que se hayan producido atentados" ⁽³⁶⁾. Dicho en una frase: aquí es especialmente evidente que se produce un "cambio de orientación fundamental, desde la policía reactiva de acontecimientos hacia la policía proactiva y la gestión de riesgos" ⁽³⁷⁾.

2. Como es sabido, la internacionalización antes esbozada, tanto del Derecho penal como de los discursos penales, es especialmente intensa en este campo: en lo que se refiere a una internacionalización *del Derecho penal*, sobre todo después de los ataques del 11.9.2001 puede hablarse de una actividad frenética en los esfuerzos internacionales de armonización ⁽³⁸⁾ y en las iniciativas de armonización y de cooperación en el marco de la EU ⁽³⁹⁾. Sin embargo, la cosecha de internacionalización real, iuspositiva, es más bien escasa: a pesar de que la implosión de la URSS debería haber facilitado el camino, aún no se ha alcanzado el denominador mínimo común que debería suponer una definición internacional del terrorismo; incluso dentro de la UE, en lo que se alcanza a ver, la Decisión Marco

³⁴ Vid, en Alemania sólo JAKOBS, en: IDEM/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 1.ª ed., 2003, p. 42; también IDEM, ZStW 117 (2005), p. 847; en el mismo sentido ROELLECKE, JZ 2006, pp. 265 y ss., 269; SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71; acepta estos términos de discusión, aún partiendo de una posición opuesta, por ejemplo, ALBRECHT, ZStW 117 (2005), p. 855.

³⁵ Cfr., por ejemplo, en términos más generales, SILVA SÁNCHEZ (en: *La expansión*² [nota 3], p. 163): "fenómenos ... que amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado"; "reacciones ceñidas a lo estrictamente necesario para hacer frente a fenómenos excepcionalmente graves" (*ibid.*, p. 166).

³⁶ SCHÄUBLE, ZRP 2006, p. 71.

³⁷ WALKER, Crim. L. R. 2004, p. 315.

³⁸ Cfr. por ejemplo CHERIF BASSIOUNI (ed.), *La cooperazione internazionale per la prevenzione e la repressione della criminalità organizzata e del terrorismo*, 2005.

³⁹ Vid. ante todo la Decisión Marco de 13.6.2002; cfr. AMBOS, *Internationales Strafrecht* (nota 10), 12/17.

sobre la cuestión no ha conducido a modificaciones decisivas en los ordenamientos penales (con exclusión de aquellos que carecían de toda regulación) estatales, aunque sí ha generado problemas de coherencia internos de las distintas regulaciones⁽⁴⁰⁾. Por otro lado, parece claro que los *discursos* penales relativos al terrorismo –y, en la base de éstos, la representación en los medios de comunicación, que garantiza (sobre todo, cuando hay imágenes) a los actos terroristas en todo el mundo una posición preferente en la prensa convencional, en televisión y en internet– son verdaderamente globales. En ellos queda condensada toda la problemática de un modo que puede denominarse *terminal*, por las dimensiones apocalípticas que asume casi siempre en el discurso público la referencia a la peligrosidad de los terroristas: ante los modos completamente irrestrictos que muestra el más reciente terrorismo de inspiración religioso-política de orientación islámica, condensados en los atentados del 11 de septiembre de 2001, del 11 de marzo de 2004 y del 7 de julio de 2005⁽⁴¹⁾, la cuestión que se plantea es, nada más y nada menos, la de si nuestra sociedad está dispuesta a *sucumbir* ante los riesgos emanados del terrorismo, o estará, en cambio, preparada para asumir *recortes en las libertades*⁽⁴²⁾.

3. A pesar del dominio prácticamente incontestado de esta argumentación preventivista, sin embargo, ya en el *plano empírico* hay que constatar que no hay certeza alguna acerca de la eficacia preventiva de determinadas medidas jurídico-penales. Así, por ejemplo, no está claro si en el proceso de disolución de las organizaciones terroristas surgidas en los años sesenta y setenta del siglo pasado tuvieron algún papel significativo las normas de excepción introducidas en el ordenamiento penal

⁴⁰ Se manifiestan en sentido crítico sobre la relevancia intrínseca de la Decisión Marco (y/o su transposición al Derecho del Estado miembro) respecto de los distintos ordenamientos estatales FIGUEIREDO DIAS/PEDRO CAEIRO, RLJ 135 (2005), pp. 70 y ss., 88 y s.; GARCÍA RIVAS, RGDP 4 (2005), pp. 1 y ss., 13 y ss., 19 y ss.; PICOTTI, en: *Criminalità transnazionale* (nota 3), pp. 115 y ss.; STEIN, GA 2005, pp. 433 y ss., 444 y ss.; WALKER, Crim.L.R. 2004, p. 324.

⁴¹ Si se examinan las páginas que dedica LAQUEUR en una obra general al terrorismo en Europa en el año 1992 (*Europe in Our Time. A History 1945-1992*, pp. 446 y ss.), llama poderosamente la atención la tranquilidad de espíritu con la que se examina el fenómeno en comparación con la impronta de las aproximaciones en estos momentos.

⁴² Vid. sólo la formulación dramática de JAKOBS (en: JAKOBS/CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*² [nota 30], pp. 75 y s.): "... quien defienda la posición de que en el Estado de Derecho siempre *todo* debe convertirse en realidad, debería saber que aquel 'todo' en la realidad concreta se ve acompañado por un 'o nada'...

(⁴³). Aquí el punto de partida ha de estar, por el contrario, en la constatación de que es muy difícil evaluar cuál ha sido el papel concreto de la existencia de determinadas reglas jurídico-penales (mientras que sí parece razonable pensar que podrá cuantificarse, en alguna medida, la influencia de la organización de los servicios de policía preventiva (⁴⁴)); esta cuestión, como en otros ámbitos de regulación, se sustrae a afirmaciones empíricas de cierta consistencia. Por otra parte, no hay que subrayar especialmente que las cuestiones de prevención negativa y de eficiencia de la persecución penal se presentan de un modo completamente diverso al habitual (es decir: mucho peor (⁴⁵)) cuando se trata del nuevo terrorismo al que al principio se ha hecho referencia: de terroristas suicidas (⁴⁶) de orientación religiosa (⁴⁷), organizados en pequeños grupos de acción autónomos, pero con conexiones transnacionales (⁴⁸). En este sentido, respecto de sus formas de organización en la actualidad, en

⁴³ Ese parece ser el caso, en particular, en la República Federal de Alemania, del paso de la "primera generación" de la "Fracción del Ejército Rojo" [RAF, *Rote Armee Fraktion*] a las sucesivas oleadas de miembros de ese grupo terrorista; cfr., por ejemplo, Dencker, StV 1987, pp. 117 y ss.; Düx, ZRP 2003, pp. 191 y s.; respecto del caso paralelo de la legislación antimafia por todos MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.^a ed., 1997, pp. 53 y ss.

⁴⁴ Así, por ejemplo, WALKER, Crim. L.R. 2004, p. 327. Vid. sólo los perturbadores datos que ofrece SCHEERER (*Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, pp. 67 y ss.) en torno a lo concretas que eran las predicciones de diversos ámbitos expertos respecto de la inminente producción de un atentado como los ocurridos el 11.9.2001; igualmente perturbadores son los fallos en el sistema de inteligencia y judicial que pudieron advertirse en el caso español con posterioridad a los atentados de Madrid de 11.3.2004; vid. sólo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *Athena Paper* 21 (11/2007), pp. 9 y ss., con ulteriores referencias.

⁴⁵ SCHÜNEMANN en HEGER, ZStW 117 (2005), p. 882, afirma que en este ámbito el Derecho penal fracasa en todo caso.

⁴⁶ Una modalidad de actuación de especial poder propagandístico en el interior del "campo" del terrorista, ya que " ... el rol del mártir integra las mejores virtudes de los otros dos estereotipos ... : el de las víctimas y el de los héroes o guerreros" (DE LA CORTE, en: BLANCO/DEL ÁGUILA/SABUCEDO, *Madrid 11-M. Un análisis del mal y de sus consecuencias*, 2005, p. 204). En todo caso, como subraya AULESTIA URRUTIA, *Historia general del terrorismo*, 2005, pp. 237 y ss., hay que diferenciar orígenes y orientaciones diversas dentro de lo que podría denominarse terrorismo suicida y no perder de vista que no es un fenómeno nuevo (*op. cit.*, pp. 239 y ss.).

⁴⁷ Cfr. sobre este fenómeno sólo WALDMANN, *Terrorismus. Provokation der Macht*, 1998, pp. 61 y ss., 63; JUERGENSMEYER, *Terror in the Mind of God. The Global Rise of Religious Violence*, 3.^a ed., 2003, *passim*; LUTZ/LUTZ, *Global Terrorism*, 2004, pp. 82 y ss.; SAGEMAN, *Understanding Terror Networks*, 2004, *passim*; ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), pp. 113 y ss., 123 y ss., 128 y ss.

⁴⁸ Subraya este rasgo de las nuevas formas de terrorismo, por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo*, 1998, pp. 211 y ss.

efecto, se ha dicho que su estructura obedece más al modelo de la franquicia orientada en un sistema de nodos sin jerarquía vertical "clásica" ⁽⁴⁹⁾. Parece claro que en el caso de estos grupos, resultaría imposible desarticular –usando sólo medios de persecución criminal y duraderamente– una organización multicéntrica y carente de una verdadera estructura funcional en su conjunto.

4. La fijación político-criminal por la prevención fáctica, por lo tanto, no se halla respaldada por la comprobación de los efectos reales de determinadas medidas penales. Esto es indicativo de que esta fundamentación permanece en la superficie, mientras que otros elementos decisivos de la evolución del discurso jurídico-penal quedan latentes. Dicho en una frase: bajo la apariencia de la toma de medidas (dolorosas, pero) eficaces, del discurso preventivista, en realidad aparece el motor de la *demonización* como multiplicador social del Derecho penal del enemigo ⁽⁵⁰⁾. Este proceso de definición de la identidad social mediante exclusión de determinadas categorías de sujetos, convertido en línea directriz del Derecho penal, explica algunas de las características del proceso de internacionalización que antes se ha esbozado con carácter general. En este sentido, sobre esta base es posible comprender la preeminencia del elemento colectivo en todos los ámbitos de la nueva política criminal: el mecanismo de categorización, de definición de un (amenazante) colectivo como *enemigo* sólo funciona si se refiere a grupos de autores, no a individuos. También queda claro cómo es posible que sólo algunos de los factores de criminalidad transnacional ingresen verdaderamente en la agenda político-criminal, y otros no: sólo aquellos segmentos de criminalidad que puedan identificarse como cometidos por categorías de sujetos amenazantes para la identidad social. En lo que aquí interesa, entonces, basta con constatar que la fundamentación de la especificidad de las

⁴⁹ De hecho, lo normal es referirse a estas organizaciones, en particular, a Al Qaeda, como "red"; vid. sólo LUTZ/ LUTZ, *Global Terrorism* (nota 47), pp. 82 y ss.; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista*, 2007, cap. 6, respectivamente, con ulteriores referencias. Sobre los cambios en los modos de actuación y organización de este *nuevo terrorismo* vid. sólo ALONSO, en: *Madrid 11-M* (nota 46), pp. 113 y ss., 123 y ss., 128 y ss.; específicamente en relación con la red asentada en España que organizó en los atentados del día 11.3.2004 en Madrid, JORDÁN, en: *op. cit.*, pp. 79 y ss., 83 y ss. (cfr. el cuadro, especialmente significativo por sus diferencias radicales con un *organigrama* clásico, en p.85), 89 y ss., 97 y ss., 101 y ss.; DE LA CORTE/JORDÁN, *La yihad terrorista*, cap. 7.3, respectivamente, con ulteriores referencias.

⁵⁰ Vid. con más detalle CANCIO MELIÁ, *ZStW* 117 (2005), pp. 267 y ss.

infracciones de terrorismo no puede descansar exclusivamente en la espiral interminable de la "necesidad" preventivo-fáctica. Para progresar en el análisis, parece conveniente tener en cuenta el funcionamiento del delito terrorista como estrategia de comunicación, como *provocación del poder* ⁽⁵¹⁾.

B) Acción y reacción

1. Como es sabido, los delitos de terrorismo pretenden provocar *reacciones del Estado*, hasta alcanzar, como punto de llegada de su estrategia, la *rebelión popular*. Esta estrategia no sólo implica la acción hacia los *enemigos*, que deben ser intimidados, sino también frente a los *amigos*: como indica *Scheerer*, la estrategia del terrorismo no estatal consiste desde sus orígenes sobre todo en alcanzar la hegemonía en su "propio campo" a través de la espiral acción-reacción ⁽⁵²⁾. Con carácter más general, es constante la referencia al terrorismo, ante todo, como mecanismo de comunicación social ⁽⁵³⁾, es decir, como "método" de acción política utilizado por muy diversos grupos ⁽⁵⁴⁾; esta comunicación se dirige tanto hacia el propio "campo" como hacia al ajeno, con diversos mensajes: "en lugar de tratar los actos de terrorismo como 'violencia sin sentido'", deben considerarse más bien "... como una especie de lenguaje violento" ⁽⁵⁵⁾. El fenómeno del terrorismo no puede aprehenderse si no se tiene en cuenta la estrategia de comunicación que se halla después de los actos de violencia: "... ésta es la dialéctica de la estrategia de la lucha antiimperialista: que mediante... la reacción del sistema, la escalada de la contra-revolución, la transformación del estado de excepción político en un estado de excepción militar el enemigo se identifique, ... y así, mediante su propio terror, levante las masas en su contra, intensifique las

⁵¹ Es ésta una tesis extendida a la hora de comprender el terrorismo en el campo de las ciencias sociales; *vid.*, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 27 y ss., con ulteriores referencias.

⁵² *Zukunft des Terrorismus* (nota 44), pp. 34 y ss., 50 y ss.

⁵³ Cfr. últimamente, por ejemplo, la definición propuesta por DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo*, 2006, pp. 42 y s.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* (nota 53), p. 32.

⁵⁵ SCHMID/DE GRAAF, *Violence als Communication. Insurgent Terrorism and the Western News Media*, 1982, p. 1; *vid.* también, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 49 (recordando la autoidentificación del terrorismo anarquista de finales del siglo XIX como "propaganda a través del hecho"), 29 y ss., 56 y ss. (en cuanto al papel de los medios de comunicación); DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* (nota 53), pp. 42, 48 y s.

contradicciones, haga inevitable la lucha revolucionaria" ⁽⁵⁶⁾. Aún en el argot específico, la cuestión está clara: la intención fundamental en la provocación del poder, en la concreta estrategia política, es ante todo obtener un cambio de *status* simbólico: dicho en una palabra, el reconocimiento de la condición de beligerante, como elemento definitivo para ampliar su influencia social en su "campo". Para ello, son los terroristas los primeros interesados en muy diversas facetas de militarización del lenguaje y de los modos de actuación, también en relación con sus acciones hacia el exterior: los atentados son "acciones" u "operaciones", los presos, "prisioneros", pequeños grupos de sujetos aislados que se ocultan bajo nombre falso pretenden ser "ejércitos" ⁽⁵⁷⁾.

2. Sin embargo, como es obvio, esta estrategia de comunicación depende del establecimiento de una ficción: las organizaciones terroristas precisamente *no* están en condiciones de hacer uso de instrumentos verdaderamente *militares* en su confrontación con el Estado ⁽⁵⁸⁾. El terrorismo es siempre el recurso de una organización débil en términos de fuerza militar ⁽⁵⁹⁾. Por ello, necesita de un equivalente funcional a esa fuerza militar ⁽⁶⁰⁾. Este equivalente está precisamente en el uso de los medios específicamente *terroristas*: la selección de distintos objetivos a los que

⁵⁶ Texto de la RAF (1977), recogido en: WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 27.

⁵⁷ *Vid.* sólo WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 171 y ss.

⁵⁸ Por ello puede decir WALZER (*Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos* [trad. de la 3.ª ed. en inglés], 2001, p. 269) desde la perspectiva militar que " ... el terrorismo es una manera de evitar el combate con el enemigo. Representa una forma extrema de la estrategia del 'acercamiento indirecto'; *vid.* en el mismo sentido WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 35.

⁵⁹ *Cfr.*, por ejemplo, WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), p. 35; *vid.* los criterios que propone DE LA CORTE IBÁÑEZ (*La lógica del terrorismo* [nota 53], pp. 46 y ss.) para diferenciar la actividad terrorista de otras formas de violencia política (la guerra convencional y la guerra de guerrillas).

⁶⁰ Un detalle significativo en este sentido es que uno de los precedentes más lejanos del uso de la intimidación masiva como estrategia política, el de la actuación del grupo sectario de los asesinos en la Edad Media en Oriente próximo, surgió –en cuanto organización dedicada al asesinato político masivo– precisamente una vez constatada la debilidad del grupo en sus inicios de actividad militar "regular" (*vid.* sólo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica del terrorismo* [nota 53], p. 24). En general, el carácter de "equivalente funcional" del método terrorista en el marco de estrategias de subversión violenta viene demostrado por la combinación del uso del terrorismo con métodos militares como la guerra de guerrillas; *vid.* sólo DE LA CORTE IBÁÑEZ, *op. cit.*, pp. 33, 44 y s. En este ámbito, parece adecuado distinguir –una vez definido el terrorismo fundamentalmente como un determinado método de actuación política violenta– entre el uso táctico-ocasional y el uso estratégico del terrorismo; *vid.*, por ejemplo, REINARES, *Terrorismo y antiterrorismo* (nota 48), pp. 20 y ss.

agredir con el objetivo de generar una *intimidación masiva* que equivalga a la amenaza de uso del poder militar ⁽⁶¹⁾. Con independencia de cuál sea el criterio de selección de los objetivos ⁽⁶²⁾ (miembros de un ejército o de las fuerzas de seguridad; representantes políticos o de los poderes económicos; ciudadanos de una determinada nacionalidad o pertenecientes a un determinado grupo social o étnico) en la *última frontera* que a este respecto representa el terrorismo milenarista-islámico: *todos los infieles*), este mecanismo depende esencialmente de que los efectos de atemorización se extiendan mucho más allá de las personas efectivamente atacadas. Por ello, es esencial en la estrategia el carácter *aleatorio* ⁽⁶³⁾ de la identificación concreta de los individuos dentro de la categoría *neutralizada* y elegida como "objetivo" (término al que, de nuevo en paralelismo al ámbito militar, se le suele añadir el adjetivo "legítimo") ⁽⁶⁴⁾.

C) Consecuencias para el Derecho penal y la ciencia del Derecho penal.

I. Que el Estado no debe acomodarse a esta apuesta de acción-reacción planteada por la organización terrorista es evidente desde una *perspectiva principialista-normativa*, pensando en el *Estado de Derecho* como conjunto de principios estático y asentado, contra el cual precisamente se dirige el programa político de la actividad terrorista. Con toda claridad, este riesgo fue presentado por *Rudolphi* hace ya casi treinta años: "Si se

⁶¹ WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), pp. 269 y s., 271 y ss., estima que el terrorismo como violencia aleatoria generalizada (por contraposición al asesinato político, que en su opinión habría caracterizado las acciones de militantes anarquistas a finales del siglo XIX y principios del siglo XX) surge sólo una vez que, en la segunda guerra mundial, se incorpora al arsenal de opciones operativas militares.

⁶² Puede afirmarse que en la selección de las víctimas de los ataques por parte de las organizaciones terroristas se ha producido un proceso de profundización en la despersonalización en el terrorismo moderno; de criterios de selección más próximos al asesinato político, va pasándose a una selección cada vez más amplia de los "enemigos", hasta incluir el conjunto de la población; *vid* sólo WALDMANN, *Terrorismus* (nota 47), pp. 49, 49 y ss.; WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), pp. 271 y ss.

⁶³ "Esa aleatoriedad es la característica determinante de la actividad terrorista", WALZER, *Guerras justas e injustas* (nota 58), p. 269.

⁶⁴ Precisamente puede pensarse que en este cálculo terrorista (*usar* bienes jurídicos individuales de máxima categoría para hacer ilegítimamente política, convirtiendo la violencia en parte de una representación) está el fundamento de un injusto de específica gravedad en los delitos terroristas; *vid*. próximamente CANCIO MELIÁ, "Sentido y límites de los delitos de terrorismo", en prensa para: GARCÍA VALDÉS *et al.* (ed.), *Libro homenaje a Enrique Gimbernat Ordeig* (4/2007).

quiere evitar que el Estado de Derecho sea vaciado y minado desde dentro por la lucha contra el terrorismo, ha de prestarse una estricta atención a que no se renuncie de ningún modo a los principios propios del Estado de Derecho. Hay que evitar que nuestro Estado de Derecho ni siquiera por aproximación se convierta en aquella imagen que los terroristas, desconociendo radicalmente la realidad, presentan ya ahora injuriosamente de él. Pues también esto en última instancia supondría el triunfo de los terroristas sobre el Estado de Derecho" (65). Esta consideración también debe ser tenida en cuenta en el plano fáctico-político. En este sentido, un Derecho penal exacerbado puede convertirse en un factor real que potencie la persistencia (66) de infracciones terroristas al integrarse en el diseño de acción de las organizaciones: "... como nadie ignora, una práctica común en la estrategia de las organizaciones terroristas consiste en inducir al Estado de derecho a entrar en esa destructiva forma de conflicto consigo mismo que representa el recurso a medidas excepcionales" (67). Esta consideración no deriva de una determinada tradición jurídica (continental), sino afecta a las bases comunes del Estado *occidental*: dicho en las (ya famosas, a pesar de recientes) palabras de Lord Hoffmann, miembro de la Cámara de los Lores británica, incorporadas a la sentencia referida a la Ley antiterrorista británica del año 2001, según la cual ésta sería incompatible con la Constitución británica en la formulación aprobada por el Parlamento: "Tal facultad [de detención sin plazo y sin existencia de indicios judicialmente verificados], en cualquier forma, no es compatible con nuestra Constitución. La verdadera amenaza a la vida de la nación, en el sentido de un pueblo viviendo de acuerdo con sus leyes y valores políticos tradicionales, *no proviene del terrorismo, sino de leyes como éstas. Ésta es la verdadera medida de lo que el terrorismo puede llegar a Lograr. Es el Parlamento quien debe decidir si otorga a Los terroristas tal victoria* (68).

⁶⁵ ZRP 1979, p. 214.

⁶⁶ GIMÉNEZ GARCÍA JpD 30 (1997), p. 20, habla de la posibilidad de que la reacción jurídico-penal se convierta en un "elemento de cohesión del terrorismo".

⁶⁷ Voto particular (magistrados MARTÍN PALLÍN, GIMÉNEZ GARCÍA, ANDRÉS IBAÑEZ) a la STS 197/2006, de 20.2.2006, noveno *in fine*.

⁶⁸ [2004] UKHL 56, para. 97 (Lord Hoffmann), sin cursiva en el original. *On appeal from: [2002] EWCA Civ 1502 A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent) X (FC) and another (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, de 16.12.2004. Cfr. el texto completo de la resolución en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd041216/a&oth->

2. En todo caso, es difícil que se pueda aislar para un análisis "eficientista" sólo la cuestión de la efectividad preventiva: en efecto, es un auténtico lugar común la idea de que dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a *contaminar* otros ámbitos de incriminación –como muestran múltiples ejemplos históricos–⁽⁶⁹⁾, de modo que hay buenas razones para pensar que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan compartir espacio vital en un mismo ordenamiento jurídico: "... lo más grave de la legislación antiterrorista... es que da la imagen distorsionada de que se va a aplicar sólo y exclusivamente a los terroristas"⁽⁷⁰⁾.

En efecto: el argumento del *control mediante juridificación* que esgrimen quienes se muestran partidarios de sectores de regulación de estas características no puede convencer⁽⁷¹⁾. En este contexto, podría pensarse en una especie de tesis de los *vasos comunicantes*: en cuanto menos estricto el Estado de Derecho, menos crimen de Estado *en Las cloacas* –aunque, en lo que se alcanza a ver, tal argumento no es manejado expresamente, parece probable que se tome en consideración implícitamente– debe descartarse de plano: aparte de que tampoco aquí existe evidencia empírica que indique que los Estados que *relajan* determinados criterios de imputación –o precisamente por ello– optan por un menor nivel de actuación ilegal a través de mecanismos jurídicamente más *opacos* (servicios de inteligencia u organismos militares), hay indicios de que puede llegar a ocurrir lo contrario (o al menos, que puede afirmarse esto con la misma justificación o falta de ella que la tesis del control por juridificación). Piénsese sólo, en el momento actual, en la convivencia, dentro de la política de los EE.UU., del abierto reconocimiento de zonas de intervención sobre sujetos sin derechos formales (la doctrina de los *enemy*

1.htm; el pasaje concreto de la argumentación de Lord HOFFMANN, en: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200405/ldjudgmt/jd0412161/a&oth-6.htm>.

⁶⁹ Vid., por ejemplo, TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho* (nota 31), pp. 33, 56: "innegable vocación expansiva".

⁷⁰ Así BUSTOS RAMÍREZ, en: LOSANO/MUÑOZ CONDE, *El Derecho ante la globalización y el terrorismo. 'cedant arma togae'*: 2004, sintetizando el peligro para el valor seguridad jurídica, pp. 403 y ss., 406 y s., 408.

⁷¹ Vid. TERRADILLOS BASOCO, *Terrorismo y Derecho* (nota 31), pp. 33, 56; SANDER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), pp. 260 y ss., 262; BRANDARIZ GARCÍA, *Política criminal de la exclusión* (nota 33), pp. 199 y ss., 249 y ss.

combatants corno tertium junto con delincuentes y prisioneros de guerra)⁽⁷²⁾ no ha impedido la existencia de zonas de actuación de hecho sin más, y secretas (un ejemplo actual lo constituyen los traslados especiales a centros de tortura en terceros países investigados en estos momentos por el Parlamento Europeo en lo que se refiere a su tránsito por territorio de la EU⁽⁷³⁾). Y ejemplos paradigmáticos de la convivencia de un Derecho penal (formal) de combate y las vías de hecho de diversos servicios para policiales lo ofrecen numerosas dictaduras históricas⁽⁷⁴⁾. De hecho, parece que el pronóstico más razonable es el contrario: que no podrán *convivir pacíficamente* porque la presencia de una regulación en términos de Derecho penal del enemigo acaba extendiendo su lógica más allá del campo de regulación inicial.

3. Si, finalmente, en el ámbito de la ciencia penal, se intenta traducir el paradigma internacionalizado *de combate* de la ideología penal dominante al lenguaje de la teoría, parece evidente que aquí se plantea la cuestión básica de todo Derecho penal moderno acerca de los límites del cometido social de la prevención para el sistema jurídico-penal: se trata de las "devastaciones de la prevención"⁽⁷⁵⁾. Es ésta una cuestión que, desde luego, no es nueva en la discusión teórica. Si un problema central de la teoría de la pena, sometido a análisis desde muy diversas perspectivas durante toda una larga tradición, es el eje central de una evolución político-criminal actual, y esta venerable discusión prácticamente no aparece de ningún modo en la discusión pública, parece claro que el déficit es de carácter fundamental. El discurso unilateral de la política criminal practica debe ser contestado por un análisis de los concretos fines de la pena en cada caso. Más aún, en un plano internacional: debe haber menos mera técnica regulatoria y más debate acerca de los fundamentos para generar un debate (científico) internacional.

⁷² Vid. sólo las amplias referencias contenidas en <http://web.amnesty.org/pages/guamanamobay-index-eng>.

⁷³ Cfr. el borrador de informe del diputado *Fava* en <http://www.statewatch.org/cia/repores/ep-cia~imerim-report-english.pdf>.

⁷⁴ Sobre la convivencia y mistificación progresiva de sistema jurídico-penal formal y aparato de represión informal en el caso del régimen nazi, vid. sólo MARXEN, en: DIESTELKAMP/STOLLEIS, *Justizalltag im Dritten Reich*, 1988, pp. 101 y ss.; SAFF, *Justiz im Dritten Reich. Eine Dokumentation*, 1978, pp. 54 y ss., 58, 59 y ss.

⁷⁵ HASSEMER, en: *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts* (nota 3), p. 103.

Con esto no se ha avanzado mucho, claro está, en el acompañamiento (o en la limitación) de la internacionalización expansiva en los términos que corresponden en un Estado de Derecho; sin embargo, al menos parece constatarse que la fijación (social y política) generalizada del Derecho penal internacionalizado en objetivos que quedan fuera de su alcance (de modo manifiesto, en la prevención fáctica; de manera latente, en una construcción forzada de identidad social mediante exclusión de categorías de autores-enemigos), en imposibles, no debe quedar sin un contradiscurso científico. Que éste no haya tenido demasiado peso hasta el momento no puede explicarse sencillamente con base en el rudo *esprit du temps* ⁽⁷⁶⁾, que callaría cualquier discurso jurídico; también hay que constatar deficiencias de comunicación en el sistema científico: la ciencia del Derecho penal debe aprender a hablar ⁽⁷⁷⁾.

⁷⁶ En este sentido, dice acertadamente NAUCKE (*Strafrecht. Eine Einführung*, 9.ª ed., 2000, 4/21) (respecto de la criminalidad organizada): "... las expectativas respecto de los éxitos preventivos de la punición crecen; la tendencia a respetar la delimitación y restricción jurídica de la pena descende."

⁷⁷ Así el título del artículo del periodista PRANTL, en: ESER/HASSEMER/BURKHARDT (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft* (nota 19), pp. 339 y ss.