

CONCEPTO JURÍDICO-PENAL DE TERRORISMO Y CESE DEFINITIVO DE LA VIOLENCIA*

MANUEL CANCIO MELIÁ**

SUMARIO:

I. Introducción. II. El concepto de terrorismo. A) Fenómeno social y concepto jurídico. 1) Callejones sin salida. 2. Un concepto jurídico de terrorismo. 3. La reforma en España. B) Bien jurídico protegido / contenido de injusto. III. Consecuencias.

I. INTRODUCCIÓN

1. El problema común al que hemos de aproximarnos en el presente marco es el de determinar qué relevancia le puede corresponder al ordenamiento jurídico-penal en el marco del cese definitivo de la violencia de la organización terrorista ETA. Parece claro que uno de los problemas más importantes que esta situación plantea al Derecho penal es la cuestión de qué hacer con los presos/condenados de la organización terrorista (o con las personas a las que se atribuyen hechos aún no enjuiciados) cuya actividad violenta ha concluido ya definitivamente⁽¹⁾.

Si observamos los países de nuestro entorno que se han enfrentado a esta cuestión, ha habido de todo: desde la opción de no modificar en nada ni la duración de las penas ni el régimen penitenciario, en algunos casos, hasta un acuerdo formal (o

* Artículo publicado (2016). En: *El Derecho Penal ante el Fin de ETA*. Antonio Cuerda Riezu (Dir.). 1º ed. Tecnos: España.

** Catedrático de Derecho Penal Universidad Autónoma de Madrid

(1) Entendida en un sentido muy amplio: como desaparición definitiva de toda actividad armada o violenta de la que emana de la organización en cuestión, y sin que existan organizaciones próximas que sigan activas, es decir, sin que se trate de una mera sustitución de siglas o de la posibilidad de continuación de la actividad en otra forma organizativa: cese definitivo de la violencia significa, a los efectos que aquí interesan, que la concreta oleada terrorista ha llegado a su fin definitivo —algo que parece que puede afirmarse respecto del caso de ETA—

acuerdos informales y no públicos) por el que se liberan todos los presos, incluidos muchos autores de hechos gravísimos, en otros, o, finalmente, el recurso a medidas de indulto. En el marco del Derecho español de *lege lata*, por ejemplo, el hecho de la desaparición de la organización como grupo terrorista podría afectar al pronóstico de reinserción de un penado en el marco del Derecho penitenciario común, pero no ha habido más que mínimos movimientos en esa dirección. También podría plantearse la cuestión de si ha llegado el momento de revisar el régimen *transitorio* de excepción planteado en el art. 55.2 CE — una vía que podría servir de punto de partida para la cuestión de los presos, pero que, sin embargo, ha estado completamente ausente de la discusión reciente en España⁽²⁾—. En el otro extremo, también ha habido casos —como en el Reino Unido con el IRA y otros grupos terroristas— en los que una negociación política ha sustituido por completo el normal desarrollo del cumplimiento de la pena, o puede haber mecanismos de «justicia de transición» que quizá sean de aplicación en supuestos de terrorismo⁽³⁾.

2. Aquí se intentará plantear esta cuestión de la herencia penitenciaria —tal y como se presenta en España en estos momentos con los presos de ETA— desde una perspectiva más abstracta, la perspectiva del injusto de los delitos de terrorismo. Dicho de otro modo, se trata de reflexionar acerca de si las infracciones de terrorismo presentan alguna característica especial en su lesividad social, en la afectación a bienes jurídicos específica de estos delitos, que pueda guardar relación con el fenómeno del cese definitivo de la violencia y ofrecer algún punto de partida para el *qué hacer* en el que nos encontramos en el momento presente.

Como es sabido, los delitos terroristas, por un lado, no son más que delitos comunes agravados, y, por otro, supuestos más o menos (a veces, muchísimo) preparatorios de o de algún otro modo periféricos a esos mismos delitos. La cuestión es: ¿ese *plus* específicamente terrorista (al margen, por ejemplo, de la lesión de la salud de una víctima) puede verse de alguna manera afectado por el cese de la violencia de una organización terrorista, existiendo así razones para tomar determinadas medidas no solo con base en la consideración del contexto político y de los pronósticos de reincidencia, sino también, sencillamente, de la circunstancia de que se trata de delitos terroristas?

No se trata, entonces, aquí de pensar en el *qué hacer* o *cómo hacer* en el ámbito penitenciario, de gracia u otros campos extrajurídicos (o al menos, fuera del ordenamiento común), sino del *por qué*, es decir, de un análisis de los delitos de terrorismo en su especificidad en cuanto a la cuestión que aquí nos interesa. La conclusión obtenida

(2) Cfr. ahora la reflexión en este sentido de CUERDA RIEZU contenida en el presente libro.

(3) Vid., al respecto, MACULAN, «Justicia transicional y terrorismo» [manuscrito 9/2015], *passim*, pp. 19 y ss., con especial referencia al caso colombiano.

podrá sustentar o no una determinada visión en cuanto al fenómeno del cese y su posible repercusión jurídico-penal.

3. A tal efecto, primero se intentará definir qué es el terrorismo en cuanto fenómeno delictivo (*infra* II.). Para ello, se comenzará descartando algunos callejones sin salida conceptuales (II.A.1.), luego se ofrecerá una definición en positivo (II.A.2.) y se esbozará una valoración de la relevancia de la reforma operada por la LO 2/2015 respecto del concepto legal/formal de terrorismo (H.A.3.). Sobre esta base puede proponerse una definición del injusto específico de los delitos de terrorismo (II.B.). Para finalizar, en segundo lugar, se formulará alguna reflexión conclusiva para el problema que aquí hemos de abordar (III).

II. EL CONCEPTO DE TERRORISMO

El primer paso a dar aquí está, entonces, en intentar delinear un concepto jurídico de terrorismo⁽⁴⁾. Aunque lo cierto es que la cuestión no ha despertado demasiado interés en la doctrina jurídico-penal de los últimos años, más allá del análisis empírico del terrorismo como fenómeno político-social, también ha de existir un concepto jurídico de terrorismo, un concepto operativo que permita, sobre todo, delinear los límites de estas infracciones, y, en lo que aquí interesa, también servir de base de reflexión para evaluar la cuestión del cese de la violencia (y el consiguiente problema de qué tratamiento corresponde a los autores de delitos terroristas cometidos en el pasado).

Como es lógico, el concepto de terrorismo ha de estar en condiciones, sobre todo, de explicar el Derecho positivo: es decir, explicar correctamente por qué una gran parte de los delitos de terrorismo —los que no son más que delitos comunes agravados— se tipifican de modo separado y con una pena superior a los correspondientes delitos comunes, y que las demás infracciones —los delitos terroristas en sentido estricto, los que recogen conductas periféricas que no son delictivas fuera del contexto terrorista— sean siquiera materia criminal.

Este análisis debe tener en cuenta, por un lado, que esta construcción solo podrá intentarse para los países de nuestro entorno, es decir, para regímenes constitucionales que pretendan ser Estados de Derecho —como es sabido, cualquier sistema de gobierno autoritario siempre va a incluir bajo el rótulo de «terrorismo» conductas de legítima disidencia política⁽⁵⁾—. Por otro lado, es necesario tener en cuenta las características

(4) Vid., respecto de lo que sigue, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, 2010, pp. 53 y ss., 134 y ss.; idem, GA 2012, pp. 1 y ss.

(5) Esto es lo que explica que al día de hoy, no exista un concepto internacionalmente válido de terrorismo; vid., sobre el estado de la cuestión en el plano internacional, ZÖLLER, *Terrorismuss-*

del fenómeno real del terrorismo para esta construcción; como se indicará en relación a la nueva regulación española tras la LO 2/2015, la legislación positiva puede llegar a generar un verdadero concepto extensivo- formal de terrorismo (y, como se ve en el ejemplo español, no solo en regímenes dictatoriales), es decir, una tipificación de conductas bajo el rótulo de terrorismo que ya no guarda relación alguna con el fenómeno del terrorismo realmente existente, y que en realidad responde al deseo de aplicar la etiqueta de terrorismo —esa «palabra como un hacha»⁽⁶⁾— al disidente político.

A) Fenómeno social y concepto jurídico

1. Callejones sin salida

a) ¿«Solución cero»?

Una primera aproximación al problema está precisamente en *negar la mayor*, es decir, en rechazar que deba existir el concepto de terrorismo como noción jurídico-penalmente relevante, negando por tanto legitimidad a las infracciones terroristas existentes en el Derecho positivo. En síntesis, «terrorismo» no sería más que un término de alta carga política que se utilizaría por los legisladores, por un lado, para identificar de modo específico infracciones criminales «normales» cuando estas son cometidas con una determinada actitud subjetiva y, por otro, para criminalizar actividades políticas legítimas mediante otras hipótesis de tipificación. Desde esta perspectiva, no es adecuada ni una agravación específica en el contexto de hechos terroristas ni una criminalización adicional mediante delitos de organización o de preparación⁽⁷⁾.

trafrecht. Ein Handbuch, 2009, pp. 99 y ss.

(6) SCHEERER, *Die Zukunft des Terrorismus. Drei Szenarien*, 2002, p. 19.

(7) Se manifiestan aún decididamente contra la legitimidad de un delito general de asociación ilícita (para la comisión de delitos), por ejemplo, Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1995, pp. 464 y ss., 467 y ss., 478; Cobler, *KJ* 1984, pp. 407 y ss.; contra una legitimación sobre la única base de una anticipación preventivista de la criminalización, también Jakobs, *ZStW* 97 (1985), pp. 751 y ss., 756 y s., 773, 778; vid. también Beck, *Unrechtsbegründung und Vorfeldkriminalisierung. Zum Problem der Unrechtsbegründung im Bereich vorverlegter Strafbarkeit — erortert unter besonderer Berücksichtigung der Deliktstatbestände des politischen Strafrechts*, 1992, pp. 206 y ss., 211 y s.; Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, 2.* ed., 1997, pp. 53 y ss., 65 y ss., 67 y s., con referencias a la discusión italiana; respecto de los delitos de terrorismo en el ordenamiento español, por todos, Terradillos Basoco, *Terrorismo y Derecho. Comentario a las LL. OO. 3 y 411988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1988, pp. 35 y s., 38; referencias respecto de la discusión alemana en este punto en Fürst, *Grundlagen und Grenzen der §§ 129, 129a StGB. Zu Umfang und Notwendigkeit der Vorverlagerung des Strafrechtsschutzes bei der Bekämpfung krimineller und terroristischer Vereinigungen*, 1989, pp. 255 y s.

No parece que esta vía de reflexión (hoy muy minoritaria) conduzca a una perspectiva de análisis adecuada. Por un lado, es obvio que el terrorismo no es un fenómeno puntual. Por el contrario, acompaña a las sociedades de Occidente al menos desde la alfabetización masiva y la aparición de medios de comunicación de masas a finales del siglo XIX. Por otra parte, parece también claro que el terrorismo es un fenómeno que afecta a las infracciones (comunes) cometidas en su contexto. Homicidio no es igual a homicidio, ya que no se trata de un fenómeno biológico o físico, sino social: el contexto de un hecho lo co-constituye, y el terrorismo —como se verá— muestra características que obligan al menos a plantear si no han de tenerse en cuenta en su aprehensión jurídico-penal⁽⁸⁾.

b) Reducción a la peligrosidad

Desde la perspectiva aquí asumida, el segundo callejón sin salida está en limitarse a identificar uno de los elementos parciales que caracterizan al fenómeno del terrorismo como única característica relevante: tomar como único referente de la definición jurídico-penal del terrorismo la especial peligrosidad (fáctica, en términos de riesgo de comisión de delitos gravísimos) del fenómeno. La absolutización del elemento de la específica peligrosidad está en la base de muchas de las construcciones doctrinales existentes al respecto, y, desde luego, domina la imagen del terrorismo en la opinión publicada⁽⁹⁾. En términos jurídico-penales, esta posición —desarrollada en el marco de la llamada «teoría de la anticipación» concebida a finales de los años setenta del siglo pasado por *Rudolphi*— implica que no existe un bien jurídico específico de los delitos de terrorismo (o de criminalidad organizada) más allá de los bienes jurídicos individuales⁽¹⁰⁾: en los delitos periféricos a hechos lesivos concretos (la pertenencia

En todo caso, de modo ampliamente mayoritario, en el momento actual tales consideraciones favorables a una «opción cero» suelen ser descartadas (habitualmente, de modo tácito) como obsoletas: es significativa, por ejemplo, la remisión de S/S ^{26—Lenck-ner, § 129} n.m. 1, a las referencias bibliográficas («anterior debate», sin cursiva en el original) respecto de esta cuestión contenidas en la edición anterior del comentario —dando así por muerta y enterrada esta discusión—

- (8) Cfr., en detalle, la argumentación en CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo* (n. 4), pp. 138 y ss., 141 y s.
- (9) Cfr., sobre el mantra de la eficiencia preventiva como criterio único de análisis para el Derecho penal antiterrorista, CANCIO MELIÁ, NCLR 2011, pp. 108 y ss., 113 y ss.
- (10) Cfr. RUDOLPHI, FS *Bruns*, 1978, p. 318; en esta línea se encuentran también OS- TENDORF, JA 1980, pp. 499 y ss., 500; GIEHRING, StV 1983, pp. 296 y ss., 302; en parte también SCHROEDER, *Die Straftaten gegen das Strafrecht*, 1985, pp. 11, 28; LANGER- STEIN, *Legitimation und Interpretation der strafrechtlichen Verbote krimineller und terroristischer Vereinigungen*, 1987, pp. 209 y ss., 214; FÜRST, *Grundlagen und Grenzen* (n. 5), pp. 65 y ss., 68 y s.; HOHMANN, Wistra 1992, p. 86; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, LH Barbero Santos, 2001, pp. 669 y ss., 673 y ss.; HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter*, p. 287; SILVA SÁNCHEZ, LH Ruiz Antón, 2004, pp. 1077 y s., 1082 y ss.

a o colaboración con una organización terrorista o diversas formas de actos preparatorios), es el riesgo de futuras lesiones de bienes jurídicos individuales lo que justifica la criminalización⁽¹¹⁾.

Esta aproximación no logra ser convincente, desde la perspectiva aquí asumida, porque resulta demasiado poco específica: la peligrosidad (extrema) es una característica que cabe predicar de muchas infracciones (y de muchos autores individuales), de modo que quedarse en esto —es decir, reconocer solo la especificidad del elemento colectivo como una especie de multiplicador de peligrosidad— no acaba de recoger de modo suficiente en el injusto ese factor, en particular, desconociendo el elemento de comunicación (la pretensión de que el sistema jurídico-político es tan injusto que solo puede reformarse mediante la violencia, y ello, atacando a individuos persiguiendo un fin de intimidación masiva) que resulta esencial a toda organización criminal que merezca tal nombre, y, mucho más, un colectivo que practique el terrorismo.

c) Expulsión del Derecho penal (del ciudadano)

La tercera vía está ciega, desde la perspectiva aquí defendida, en negar que el fenómeno del terrorismo deba ser abordado a través del Derecho penal, como ha propuesto sobre todo *Pawlik*⁽¹²⁾, recogiendo y desarrollando algunas manifestaciones hechas en este sentido por parte de *Jakobs*⁽¹³⁾ en el contexto del debate sobre el llamado «Derecho penal» del enemigo. El punto de partida para esta perspectiva está en asumir que el terrorismo no produce delitos «normales». Por el contrario, según este punto de vista —perfectamente compatible a este respecto—, el terrorismo es un instrumento similar a los actos de guerra que es utilizado por colectivos demasiado débiles para enfrentarse al Estado en términos militares y que presentan objetivos de máximo calado de transformación social. En consecuencia, ante esta situación sería necesario un nuevo marco conceptual, ya que el Derecho penal (clásico, el de los ciudadanos) ni debe ni puede convertirse en un instrumento de combate. Según *Pawlik*, el Derecho penal actualmente existente vulnera el principio del hecho, y, presentando amenazas de pena desproporcionadas, violenta también el de culpabilidad. Los delitos terroristas de hoy no son más que una radical prevención especial que establece una especie de custodia de seguridad anticipada. Así las cosas, esta tensión solo podría eliminarse trasladando

(11) Vid. el análisis crítico de esta doctrina —y su defensa por uno de sus partidarios más cualificados, *SILVA SÁNCHEZ*— en *CANCIO MELIÁ/SILVA SÁNCHEZ*, *Delitos de organización*, 2008, respectivamente, pp. 36 y ss., 51 y ss., y pp. 2 y ss., 87 y ss.

(12) *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, 2008.

(13) Vid. sobre todo en: *Jakobs/Cancio Meliá*, *Derecho penal del enemigo*, 2.a ed., 2006, pp. 57 y ss.

a las normas de combate del terrorismo a un segmento específico del ordenamiento en el que no pueda contaminar al Derecho penal, a un Derecho de combate.

Desde el punto de vista aquí adoptado, tampoco esta es una solución viable. Por un lado, participa de la absolutización de la peligrosidad fáctica —por la asunción de un escenario apocalíptico—, al igual que la teoría de la anticipación. Por otro lado, supone dar por bueno el escenario cuyo reconocimiento es el objetivo esencial inmediato de toda organización terrorista: el reconocimiento de esta como combatiente, como adversaria-interlocutora del Estado. Por ello, parece mucho más adecuado, en vez de asumir que el Derecho penal antiterrorista ha traspasado límites esenciales al Derecho penal de un Estado de Derecho, y postular por ello su expulsión del ordenamiento penal «normal», cuestionar que haya que optar por esta legislación e intentar definir, precisamente, qué tiene de específico el terrorismo como *delito*. No debe haber Derecho distinto para el autor de una infracción terrorista que el que corresponde a cualquier otro delincuente⁽¹⁴⁾.

2. Un concepto jurídico de terrorismo

Descartadas las tres opciones esbozadas, es decir, que el terrorismo no deba existir jurídico-penalmente, que sea una mera situación de extremo peligro frente a la cual reaccionar con medidas de excepción y que sea un fenómeno que no se puede aprehender, y atendida la realidad del fenómeno del terrorismo⁽¹⁵⁾ en cuanto violencia política que pretende cambiar las estructuras fundamentales del Estado a través de la intimidación masiva, surge una noción nuclear/básica de terrorismo que viene constituida por tres elementos: terroristas son las organizaciones que, utilizando medios de intimidación masiva, tienen como finalidad colectiva la de subvertir el orden constitucional. Este concepto de terrorismo debe integrarse en la interpretación de las distintas infracciones en cada ordenamiento jurídico como una especie de «Parte General» del sector de regulación.

a) Organización

El primer elemento constitutivo de la noción nuclear de terrorismo es la existencia de una estructura en el colectivo que permita hablar de una «organización»⁽¹⁶⁾: organización o grupo terrorista. Es la existencia de un colectivo como realidad dife-

(14) Vid. CANCIO MELIÁ, GA 2012, pp. 6 y s.

(15) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 54 y ss., 62 y ss., con ulteriores referencias.

(16) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 154 y ss.

renciada la que hace posible los delitos de organización en su significado de injusto. Solo un colectivo con suficiente densidad puede afectar al monopolio de violencia del Estado, como rasgo común de todas las formas de asociación ilícita u organización criminal. Este requisito gana aún más fuerza en las organizaciones terroristas, cuyo programa de actuación tiene un significado inmediatamente político e implica la comisión masiva de delitos muy graves.

El concepto operativo de organización es un concepto funcional. Esto significa que el contenido de la estructura que da lugar a la organización terrorista depende, fundamentalmente, de su idoneidad para la realización de las infracciones que caracterizan a la especie (cualificada) de organización criminal que constituyen las organizaciones terroristas. Desde esta perspectiva, la determinación de lo que son organizaciones terroristas está marcada por lo que hacen. Para la realización de la actividad terrorista, la primera necesidad es una especial densidad de la estructura interna, en la permanencia de una organización autónoma que está por encima de sus miembros individuales. En la doctrina científica y jurisprudencial se han elaborado diversos elementos para una concreción del concepto de organización. Cabe condensarlos en cuatro características esenciales: primera, debe haber habido un acto de asociación, de constitución como colectivo; segunda, vinculación de los intervinientes al colectivo (un «régimen de pertenencia»); tercera, permanencia de la organización; y cuarta, una determinada estructura interna, un modo de gobierno.

Téngase en cuenta que los requisitos a plantear a la organización son de carácter cualitativo, es decir, que no es necesario que la organización alcance un determinado número de miembros, o que sea parecida a las organizaciones predominantes en la oleada terrorista que comenzó en los años sesenta del siglo pasado y ha concluido con el cese de la actividad de ETA y que pretendían asemejarse a un ejército insurgente. De hecho, en el caso de España, estos últimos años no ha habido dificultades en la aprehensión típica de nuevos grupos más pequeños y con conexiones menos firmes con una organización matriz —como muestra un somero repaso de la jurisprudencia—: el comando en el que por necesidades operativas siempre se integran los autores de delitos terroristas (también en las nuevas formas de organización, aunque mantengan conexiones superficiales, en red, con la organización matriz) cumple perfectamente con los requisitos del concepto de organización, y de hecho, hay ya cierto número de condenas en España por pertenencia a este tipo de células.

b) Intimidación masiva

El segundo de los elementos de la noción nuclear de terrorismo está en los medios específicos de actuación de las organizaciones terroristas. La palabra terrorismo implica en el lenguaje común sobre todo una determinada forma de uso simbólico o

comunicativo de la violencia⁽¹⁷⁾. Así, en el Diccionario de la RAE las dos acepciones recogidas dan prioridad a este elemento: «dominación por el terror»; «sucesión de actos violentos ejecutados para infundir terror». De manera extraordinariamente desafortunada —como se verá a continuación—, la nueva definición incorporada por LO 2/2015 incorpora esta mecánica de actuación que cabe denominar «intimidación masiva» como una de las alternativas del concepto, desconociendo que constituye una parte esencial de toda actividad terrorista. El concepto jurídico de terrorismo nuclear incluye, entonces, necesariamente la referencia al procedimiento empleado en el uso de las infracciones individuales por la organización terrorista. «Es característico de la actividad terrorista el propósito o, en todo caso, el efecto de difundir una situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva»⁽¹⁸⁾. Cabe denominar a este elemento la «mecánica instrumental» del terrorismo. El terrorismo es, esencialmente, una estrategia de comunicación. Uno de los elementos de esta estrategia instrumental es la utilización masiva de la violencia para simular una capacidad de desafiar en términos militares al Estado y, con ello, provocar determinadas reacciones en la población y en los órganos del Estado. Para alcanzar este objetivo, se trata de producir una intimidación masiva.

La cuestión de los medios específicos de actuación ha estado, durante la vigencia de la regulación introducida en el CP 1995 —y lo estuvo antes—, en la base de uno de los problemas aplicativos más importantes de la noción de terrorismo: el de determinar qué tratamiento merecen organizaciones próximas a una organización terrorista. Este interrogante se planteó en relación con la estrategia de la organización terrorista ETA de escenificar todo un «movimiento nacional» que arrojara su actividad en términos políticos y sociológicos: a través de colectivos de presos o de familiares de presos, organizaciones juveniles, organizaciones de fomento del euskera, organizaciones políticas que ejercían de su «brazo político», etc. El problema se planteó tanto en el ámbito de la definición de lo terrorista de una organización criminal/asociación ilícita, en su momento, y luego a la hora de calificar a una organización criminal como terrorista, en una determinada interpretación del delito de colaboración con organización terrorista y, antes de su eliminación del Código Penal de la figura por la LO 2/2015, en el ámbito del llamado delito de terrorismo individual. En todos estos ámbitos, la raíz de los problemas de definición de las diversas figuras es la misma: se trata de deslindar actividades terroristas de las que no lo son.

(17) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 62 y ss., 167 y ss.

(18) STC 199/1987.

c) *Proyección estratégica*

El tercero de los elementos del concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo es la proyección estratégica, el plan a largo plazo con el que las organizaciones terroristas llevan a cabo su actividad⁽¹⁹⁾. Dicho de otro modo, este tercer elemento está en los fines colectivos que persigue. Los fines típicos constituyen un programa colectivo de actuación, el sentido propio del sistema de injusto que es la organización terrorista: son la proyección estratégica del colectivo, más allá de los medios tácticos utilizados para su consecución. Este programa de actuación se condensaba en la regulación de los delitos de terrorismo en el CP español antes de la LO 2/2015 en la fórmula «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública»⁽²⁰⁾. Subvertir un orden significa cambiarlo por su base y, en este sentido, destruirlo: *el Diccionario de la RAE* contiene las acepciones «trastornar, revolver, destruir». En el sistema jurídico de un Estado democrático no puede ser ilícito el proyecto de cambiar radicalmente —de base— el orden constitucional. Por ello, suele afirmarse que son los medios del terrorismo los que lo convierten en delito, no sus fines. La constitución de una organización que pretende hacer política mediante la violencia, a través de una concreta forma, especialmente grave, de violencia (la intimidación masiva), es la que explica el injusto adicional de los delitos de terrorismo.

La combinación de los dos factores típicos anteriores, por un lado, la organización (y la especial peligrosidad que comporta), y, por otro, la utilización del terror como estrategia de comunicación (con la despersonalización de las víctimas que implica), sumado al tercer factor, la dirección política, definen el concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo.

3. La reforma en España (LO 2/2015)

La definición de terrorismo antes esbozada —que cuadraba con el Derecho penal antiterrorista español en cuanto a los fundamentos, pero no llegaba a sustentar diversas ampliaciones, legislativas y jurisprudenciales, producidas a partir del año 2000— ha sufrido una enorme ampliación en la reforma producida en el sector de regulación mediante la LO 2/2015. Más allá de la introducción —una vez más, después de las ampliaciones de las LO 7/2000 y 5/2010— de nuevas infracciones periféricas,

(19) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 176 y ss.

(20) De este modo, por ejemplo, han de excluirse del ámbito del terrorismo otras organizaciones armadas y violentas, pero que carecen del programa político descrito por el Código Penal. Como indicó el Tribunal Supremo en el caso Alakrana, referido a conductas de piratería en alta mar, no cabe interpretar extensivamente el concepto legal de terrorismo, tampoco invocando textos supra o internacionales (STS 12.12.2011).

el cambio fundamental está en la nueva definición de terrorismo, que abandona por completo la trayectoria de la regulación española de las últimas décadas. La nueva definición legal —que se expone a continuación— parece, a primera vista, incorporar un nuevo concepto jurídico- penal de terrorismo. Sin embargo, lo cierto es que lo que hace es añadir alrededor del terrorismo toda una serie de conductas que no solo suponen una (nueva) anticipación de las barreras de punición, sino abandonan por completo el campo de lo que puede llamarse terrorismo sin alejarse por completo del fenómeno de la violencia política. Así las cosas, la única solución de *lege lata* está, desde el punto de vista aquí adoptado, en distinguir el terrorismo en sentido estricto, nuclear o terrorismo *tout court* del nuevo «concepto» extensivo-legal-formal de terrorismo, que incluye supuestos que de ninguna manera y bajo ningún criterio asentado en la realidad pueden considerarse terrorismo.

a) *Inventario*

Conviene comenzar por un recuento de qué es el Derecho penal anti-terrorista después de la reforma. Intentando hacer una clasificación de los comportamientos aprehendidos, puede decirse que, en Derecho Penal español, las infracciones de terrorismo, después de la reforma estructural llevada a cabo por la LO 2/2015, se componen:

- a.1) En primer lugar, de delitos comunes agravados (arts. 573, 573 bis y 575 CP), sean cometidos en conexión con una organización terrorista o de modo individual, comprendiéndose en el catálogo de delitos que pueden llegar a agravarse por su calificación como terroristas gran parte de las infracciones que conoce el Código penal español⁽²¹⁾.
- a.2) En segundo lugar, de *delitos de organización específicos*, esto es, las infracciones de pertenencia a organización terrorista (art. 572.1 y 2 CP), de traslado a territorio extranjero controlado por una organización terrorista para colaborar

(21) Delitos graves contra la vida o la integridad física, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, así como el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías (art. 573.1.1 CP); también se incluyen como posibles infracciones terroristas los delitos de acceso indebido, facilitación del acceso indebido o mantenimiento indebido en un sistema de información, de producción, adquisición, importación o entrega a terceros de programas informáticos para la intrusión de contraseñas o códigos de acceso, así como de daños informáticos, de obstaculización de un sistema de información, y de producción, posesión o facilitación de programas o contraseñas a estos efectos (art. 573.2 CP); asimismo, los de atentado del art. 573 bis CP, y los de rebelión y sedición, aunque solo en caso de que se cometan por una organización terrorista o «individualmente pero amparados» en la organización (art. 573 bis. 4 CP).

con esta (art. 575.3.1.a alternativa CP) y de colaboración con organización terrorista (mediante financiación directa o indirecta, comprendida la comisión por imprudencia, o mediante actos materiales), incluyendo también lo que la nueva tipificación de 2015 llama «colaboración imprudente» (arts. 576 y 577 CP).

- a.3) En tercer lugar, de *delitos terroristas especiales* que comprenden diversas conductas periféricas a los delitos comunes agravados o de organización:
1. Conductas que constituyen una especie de actos preparatorios o pre-preparatorios individuales: «autoadiestramiento» (o como lo denomina el Preámbulo de la Ley de reforma sin mucho acierto: «adiestramiento pasivo»), incluyendo en este novedoso concepto legal no solo el entrenamiento recibido de otros o procurado por el sujeto pasivo autónomamente, sino también la posesión o lectura de textos físicos u *on line* que estén relacionados con delitos de terrorismo en el sentido que resulten idóneos para incitar a incorporarse a una organización terrorista o a colaborar con ella (art. 575 CP).
 2. Comportamientos de colaboración con autores individuales de delitos de terrorismo (las conductas tipificadas en los arts. 576 y 577 CP cuando no se refieren a una organización terrorista).
 3. Conductas que consisten en actos de comunicación o manifestación: por un lado, las modalidades meramente comunicativas de las conductas de colaboración, es decir, el «adoctrinamiento» colaborativo (art. 577.2 CP), y por otro, el delito de «enaltecimiento o justificación» de delitos terroristas o de sus autores (art. 578.1.a alternativa CP), el de «realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación» a las víctimas de delitos de terrorismo (art. 578.2.a alternativa CP), así como la infracción de difusión de «mensajes o consignas» que tengan como finalidad o por su contenido sean idóneos para incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo (art. 579.1 CP).

Como puede observar cualquier jurista con la mera lectura de la enumeración que antecede, la regulación de los delitos de terrorismo introducida por la LO 2/2015 es completamente ajena a las reglas que rigen el Derecho penal español, ya que se suspenden para este sector de infracciones todos los elementos básicos que definen los actos preparatorios y la tentativa, la distinción entre autoría y participación y la imputación subjetiva. Queda materialmente suspendida para los delitos de terrorismo la vigencia de los arts. 16, 17, 18, 27, 28 y 29, y seriamente afectada la de los arts. 10, 11 y 12 CP; en síntesis —como se verá en el texto que sigue—, con la nueva regulación, cabe afirmar que no están

materialmente en vigor en este ámbito ni el principio del hecho ni el principio de legalidad.

b) Concepto extensivo-legal de «terrorismo»

b.l) Puesto que en el ordenamiento español—desde la regulación de la dictadura, y en la regulación en vigor hasta 2015, a través de la cláusula general del art. 574 CP de la anterior redacción— eran y son muy numerosas las infracciones criminales que pueden convertirse en terroristas de darse la condición de «terrorista» de la organización en la que se actúe, y, desde la LO 2/2015, también de la actuación de un individuo, como regla general, la definición del concepto legal de terrorismo adquiere una relevancia central en la interpretación de las figuras individuales.

Como antes se ha recordado, el terrorismo es, como fenómeno delictivo, el ejercicio de violencia simbólica en la que el significado específico de la expresión de sentido (siempre de algún modo colectiva: incluso los autores más aislados se ven como parte de una acción política colectiva) deriva de la existencia de una organización que realiza acciones violentas de especial gravedad, y ello con un significado político, que implica el cuestionamiento del procedimiento de representación política diseñado por el ordenamiento jurídico y, en sus coordenadas básicas, en la Constitución. Dicho de otro modo: el terrorismo es violencia política organizada que persigue la intimidación masiva de la ciudadanía. Alrededor de este núcleo, que sigue, como es obvio, comprendido por las infracciones terroristas, se ha generado todo un anillo de comportamientos tipificados que guardan algún tipo de relación con ese fenómeno, al que se le han sumado en la LO 2/2015—dado su carácter evidentemente suprainclusivo, como se expondrá— conductas que carecen de toda relación de cualquier clase con la violencia política antes definida.

b.2) ¿Cómo se ha llegado hasta este punto en el ordenamiento español⁽²²⁾? Al margen de la reorganización que implicó la LO 5/2010 (que supuso extraer los delitos de pertenencia a una organización terrorista del ámbito de las asociaciones ilícitas), manteniéndose estable el modelo de regulación, en lo esencial, introducido en la LO 9/1988, que a su vez respondía fundamentalmente a la regulación histórica proveniente de la dictadura, las reformas habidas antes de la LO 2/2015 habían afectado a las conductas periféricas: el CP 1995 supuso, aparte de cambios técnicos y de la consolidación del concepto de terrorismo como el de organizaciones con el programa de «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública», la introducción del delito de terrorismo

(22) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 142 y ss.; vid. También idem, JpD 2002, pp. 19 y ss.; idem, en: DE LA CUESTA ARZAMENDI/PÉREZ MACHÍO/ECEI-ZABARRENA UGARTEMENDIA (ed.), Armonización penal en Europa, 2013, pp. 304 y ss.

individual en el art. 577 CP entonces en vigor⁽²³⁾. En la reforma operada por la LO 7/2000 se incorporó un derecho antiterrorista específico para menores de edad y se introdujo el delito de exaltación de autores o delitos terroristas y el de menosprecio o humillación a las víctimas de estos delitos. El proceso siguió —en el marco del llamado «Acuerdo por las libertades y contra el terrorismo» entre las entonces únicas dos fuerzas políticas de ámbito estatal—, llevando al establecimiento, en la LO 7/2003, del cumplimiento de la pena de prisión hasta los cuarenta años (motivado principalmente por los delitos de terrorismo). En la LO 5/2010, que decía limitarse a transponer la decisión marco de la UE de 2008 —aunque esta absolutamente nada tenía que ver con lo que la reforma contenía—, se incorporaron nociones como el «adoctrinamiento» como forma de colaboración con organización terrorista, así como la «difusión de mensajes» que puedan facilitar la comisión de delitos terroristas como acto preparatorio específico o la «financiación imprudente» de organizaciones terroristas. La reforma general del CP mediante LO 1/2015 ha supuesto la introducción —igualmente motivada principalmente por los delitos de terrorismo⁽²⁴⁾— de la pena de cadena perpetua (llamada «prisión permanente revisable»), a la que la regulación de los delitos de terrorismo se refiere con la extraña fórmula (debida a la negociación entre los dos únicos grupos parlamentarios que han asumido la reforma de la LO 2/2015) que incorpora ahora el art. 573 bis 1.1.a: «prisión por el tiempo máximo previsto en este Código».

- b.3) El punto de llegada de esta evolución, y el abandono del sistema de regulación anterior, lo representa ahora la reforma de la LO 2/2015, que rompe completamente con el concepto de terrorismo anterior, al desvincular por completo los delitos de terrorismo de la existencia de una organización, establecer una nueva definición —mucho más vaga que la anterior— de terrorismo y ampliar aún más la incriminación de conductas periféricas hasta incorporar la mera posesión de textos o la lectura de determinadas páginas web como infracciones de terrorismo, o instaurar por primera vez en Derecho penal español la colaboración imprudente con una organización terrorista o con un autor de un delito terrorista. Cuando el legislador afirma en el Preámbulo que «se ha inspirado» en las DM 2002/475/JAI y 2008/919/JAI para la nueva definición, hace un uso incorrecto del verbo, pues nada en esas dos normas de armonización obliga a

(23) Aunque, en lo que se alcanza a ver, esta infracción nunca se aplicó a un autor aislado o *lone wolf*, sino exclusivamente a los integrantes de organizaciones juveniles en la órbita de la organización terrorista ETA, mientras que la jurisprudencia no las consideró terroristas hasta el cambio de orientación que tuvo lugar a través de la STS 50/2007, de 19.1. (caso *Jarrail HaikatSegi*); vid., al respecto, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo* (n. 4), pp. 169 y ss. y, últimamente, la STS 977/2012, de 30.10.

(24) Vid. CANCIO MELIÁ, LL n.º 8175, 22.10.2013, pp. 1 y ss.

o justifica de ninguna manera la completa pérdida de contornos del concepto de terrorismo y de los delitos terroristas que implica la reforma de 2015; el legislador tan solo se escuda instrumentalmente en estas normas europeas, que nada tienen que ver con lo que aquí se ha hecho, y tan solo las distorsiona para perseguir fines completamente ajenos a las mismas.

El art. 573.1 CP define ahora el concepto de terrorismo a través de una serie de finalidades que debe perseguir el sujeto activo o la organización a través de la conducta delictiva:

- 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.
- 2.^a Alterar gravemente la paz pública.
- 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

La formulación legal considera expresamente que podrá calificarse de terrorista el comportamiento delictivo cuando concurra cualquiera de ellas, es decir, que, tratándose de un tipo mixto alternativo, bastará para considerar terrorista la conducta de quien (organización o individuo) pretenda subvertir el orden constitucional u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo, o alterar la paz pública, o desestabilizar a una organización criminal, o provocar terror en una parte de la población.

El fenómeno del terrorismo —de todo terrorismo conocido, también el de las nuevas formas de terrorismo que invoca el Preámbulo de la LO 2/2015—, sin embargo, incorpora siempre conjuntamente la primera alternativa de la circunstancia 1.^a (primer inciso: «subvertir el orden constitucional», que es equivalente a «desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas» o de «las estructuras económicas o sociales» del Estado) con la 2.^a (alterar gravemente la paz pública) y con la 4.^a, es decir, el terrorismo instrumental o intimidación masiva de la ciudadanía.

Solo estos elementos *unidos* dan lugar a lo que cabe llamar concepto nuclear de terrorismo, que es el que se corresponde con la realidad del fenómeno terrorista promovido por organizaciones de cualquier índole, incluyendo aquellas frente a las cuales dice querer reaccionar el legislador con su sorpresiva⁽²⁵⁾ reforma mediante la LO 2/2015.

(25) Hasta finales del mes de diciembre de 2014 —antes de los atentados de París contra el semanario satírico *Charlie Hebdo*—, nadie había anunciado reforma alguna en este campo en el marco de

Al romper la nueva formulación legal de 2015 esta unidad (que era materialmente indiscutida en jurisprudencia y doctrina, pues la hipótesis de la «alteración grave de la paz pública» que existía junto con la de la «subversión del orden constitucional» en la redacción del CP 1995 siempre había sido interpretada como una modalidad de la «subversión del orden constitucional»⁽²⁶⁾), se generan dos ámbitos de aplicación: lo que se puede denominar «concepto nuclear de terrorismo», es decir, las conductas que pretenden utilizar la violencia delictiva para producir un cambio en el régimen político fundamental a través de la intimidación masiva de la ciudadanía (en los términos acabados de exponer del art. 573.1 II CP), y lo que no cabe más que calificar de «concepto (legal-formal) extensivo de terrorismo», en la medida en que se abre la posibilidad a criminalizar conductas como formal y legalmente terroristas que no lo son materialmente, pues no son actos de violencia política para producir terror.

Como se ha visto, la nueva definición de terrorismo que ha comportado la LO 2/2015, fragmentando la unidad de los elementos nucleares del concepto de terrorismo que se acaba de delinear, permite extender el concepto legal de terrorismo mucho más allá de los contornos del fenómeno de la violencia política dirigida a provocar terror. La explicación que se ha ofrecido por las dos fuerzas políticas que han apoyado la nueva regulación consiste en afirmar rotundamente —como también se hace en el Preámbulo de la LO 2/2015— que mientras que el Derecho penal español fue eficaz a la hora de responder a organizaciones terroristas tradicionales (nacionalistas y/o de pretensión insurgente, organizadas a modo y semejanza de los ejércitos regulares o de guerrillas o partidos clandestinos), no era capaz en su configuración anterior a la reforma de aprehender las nuevas formas de terrorismo, que combinan una estructura estatal en los territorios que dominan con una acción exterior que incluye células o autores individuales inspirados a distancia y que actúan en los territorios de los Estados que eligen como enemigos. Sin embargo, no se advierte en absoluto ese pretendido déficit de regulación: de hecho, conforme a la redacción anteriormente en vigor, eran perfectamente aprehendidos todos los posibles eslabones de la actividad de estas nuevas organizaciones o movimientos

la revisión general del Código Penal operada a través de la LO 1/2015; la reestructuración de los delitos de terrorismo se puso en marcha mediante la fraudulenta técnica de presentación de una auto-enmienda del grupo parlamentario entonces mayoritario y se tramitó separadamente, dando lugar a la LO 2/2015, siendo la transparente excusa de ese legislador compuesto solo de dos grupos, reiterada en el Preámbulo de la LO 2/2015, la pretendida urgente necesidad de adaptar la tipificación española a los cambios habidos en la práctica del terrorismo por parte de nuevos grupos a la vez dotados de base territorial en Estados en descomposición y con una gran presencia transnacional sustentada en una intensa actividad de propaganda, sobre todo a través de Internet.

(26) Cfr. CANCIO MELIÁ, Los delitos de terrorismo (n. 4), pp. 184 y ss.

terroristas: ¿concertarse con otros —antes de toda preparación concreta— para cometer un acto terrorista, o llamar a otros para que lo cometan? Conducta penada como conspiración, proposición o provocación para realizar actos terroristas (art. 579.1.1 CP en su redacción anterior). ¿Publicar en una página web un texto que valore positivamente las actividades de grupos terroristas? Un delito de difusión de «consignas o mensajes» que puedan alentar a otros a cometer delitos terroristas (art. 579.1.II CP en su redacción anterior). ¿Trasladarse al territorio dominado por un grupo terrorista y recibir formación militar? Un delito de colaboración con organización terrorista, previsto en nuestra Ley penal desde hace décadas (art. 576 CP en su redacción anterior). ¿Recaudar u obtener de otro modo fondos para una organización o grupo terrorista? Una infracción prevista incluso por partida triple en la regulación antes vigente como modalidad de colaboración (arts. 575, 576 y 576 bis CP en su redacción anterior). ¿Realizar algún delito (por ejemplo: de daños, quemando un cajero automático), por parte de un autor que no tiene relación alguna con organización alguna ni con otra persona individual, pero con la voluntad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública? Un delito de terrorismo individual, penado desde hace veinticinco años hasta la LO 2/2015 y aplicado centenares de veces (art. 577 CP en su redacción anterior). Por tanto, no había ninguna necesidad de «adaptar» la regulación española a un «nuevo terrorismo».

Parece claro que la redacción legal es terminante —por la claridad de su carácter de tipo mixto alternativo—, y que no podrá ser restringida a un núcleo razonable solo con los medios ordinarios de la interpretación o de la dogmática jurídico-penal sistemática. El resultado es una regulación que convierte en terroristas muchas conductas que no lo son (materialmente y en un régimen de libertades): así, por ejemplo, si de lo que se trata es de reprimir la intención (incluyendo a autores individuales, recuérdese) de «obligar a las instituciones públicas» a hacer o dejar de hacer algo, el sujeto que cometa un delito contra el patrimonio (un delito de daños) para liberar a un animal que va a ser brutalmente sacrificado en un «espectáculo» público con la intención de obligar al Ayuntamiento en el marco de cuyas fiestas patronales se produce el sacrificio a que suspenda ese «espectáculo», podrá ser responsable de un delito de daños terroristas. Quien se introduzca en el sistema informático de una organización internacional con la intención de exponer a la opinión pública determinados elementos criticables de su funcionamiento interno, estará incurso en un delito de intrusión informática que podrá ser calificado de terrorista al perseguir su autor «desestabilizar gravemente» a la organización internacional en cuestión. Quien con ocasión de una reunión pública numerosa, actuando individualmente, pero amparado en un grupo, amenace con ejercer fuerza sobre las vallas que cierran el paso a los manifestantes, lo hará para obligar a las instituciones públicas a dejar de obstaculizar el paso a la manifestación, con lo que estará realizando un delito grave de desórdenes públicos, que podrá ser calificado de terrorista. Por tanto, los autores de estas infracciones podrían ser sometidos al régimen

procesal excepcional que existe en España para las infracciones terroristas, al menos, en una primera fase policial de la investigación (especialmente, teniendo en cuenta lo fácil que puede ser manipular la interpretación y apreciación de la concurrencia de las finalidades típicas subjetivas, siempre dependientes de un juicio de indicios). En conclusión, es obvio que la nueva regulación convierte legalmente en conductas terroristas actos que de ningún modo pueden tener esta consideración sin violentar el lenguaje y las bases de la convivencia constitucional. Parece claro que una interpretación sensata, incluso *contra legem* (negando la concurrencia de las actitudes internas típicas), por parte de los tribunales evitará estas absurdas consecuencias. Pero también lo es que esta nueva regulación pone en manos del poder ejecutivo la posibilidad de acusar de terrorismo a múltiples personas que están por completo fuera del campo del ejercicio de la violencia política para generar terror en la ciudadanía —y eso es lo que es el terrorismo, diga lo que diga el legislador (un legislador, por lo demás, compuesto solo por dos grupos parlamentarios y que ha contado respecto de esta reforma con la oposición frontal de todas las demás fuerzas políticas, de modo que parece completamente fuera de lugar hablar de un «pacto de Estado»)—. Finalmente, más allá de la perspectiva normativo-constitucional, el carácter enormemente supra- inclusivo de la regulación conduce, como muestra la experiencia, en vez de a una mayor eficacia de la persecución de los delitos de terrorismo, a una mayor cohesión de las organizaciones que lo promueven, y a facilitar enormemente las actividades de reclutamiento de las mismas (la conocida espiral de acción-reacción).

B) *Bien jurídico protegido/contenido de injusto*

1. Como se ha expuesto antes, cabe identificar un concepto jurídico-penal de terrorismo que explica y justifica la existencia de estas infracciones —un concepto nuclear de terrorismo que tiene contornos suficientemente claros como para mantenerse operativo por mucho que una regulación autoritaria del fenómeno (como es el caso de la nueva redacción en el CP español introducida en la LO 2/2015) pretenda extender el alcance de la definición típica más allá del alcance máximo posible de la realidad del terrorismo—. Así las cosas, es este concepto de terrorismo el que debe estar en la base de la reflexión cuando la cuestión que se plantea es si la desaparición de la organización terrorista como tal (y no cabe duda alguna de que ETA es una organización terrorista en sentido estricto, es decir, conforme al concepto nuclear de terrorismo) puede tener alguna relevancia desde la perspectiva de la lesividad específica de esas infracciones. Corresponde ahora, entonces, trasladar a una formulación en positivo (¿cuál es el daño social propio de las infracciones terroristas?) las reflexiones antes hechas para comprobar si en su definición de injusto hay elementos relevantes para el escenario de cese de la violencia.

2. La definición del injusto de los delitos de organización⁽²⁷⁾, sea entendido ese injusto como ataque al monopolio de la violencia del Estado (bien jurídico colectivo) o como grave riesgo para diversos bienes jurídicos individuales, muestra, en lo relativo al bien jurídico de las infracciones de terrorismo, que aquí la noción de orden público por la que se ha decantado el legislador desde el CP 1995 es utilizada en un sentido que desborda, con mucho, el alcance de este bien jurídico en las demás infracciones recogidas bajo los delitos contra el orden público (Tít. XXII). El análisis de la definición de terrorismo que ofrece el Código Penal respecto de la noción nuclear de terrorismo confirma que el injusto de los delitos de terrorismo, en cuanto delitos de organización, consiste en la arrogación política de un ámbito de organización genuinamente estatal, es decir, que se trata materialmente de delitos contra la Constitución.

Las hipótesis del concepto extensivo de terrorismo que incorpora la LO 2/2015 resultan mucho más difíciles de calificar en términos de bien jurídico. Muchas de ellas carecen de todo bien jurídico protegido, y suponen meras muestras de «Derecho penal» del enemigo que persigue caracterizar a un determinado grupo de personas como delincuentes terroristas, con base exclusiva en una determinada actitud interna que se les atribuye externamente.

3. En consecuencia, puede afirmarse que el terrorismo en sentido estricto está esencialmente vinculado a dos factores de lesividad social: por un lado, a factores colectivos tanto en el lado de la conducta infractora (la especial peligrosidad que emana de la organización colectiva) como en el lado de los destinatarios (el programa político que conforma la proyección estratégica del terrorismo). Por otro lado, como es obvio, el terrorismo siempre implica (debido al uso del instrumento de la intimidación masiva) la lesión de bienes jurídicos individuales de gran relevancia.

III. CONSECUENCIAS

1. Las consecuencias que cabe extraer de lo antes expuesto son sencillas. La respuesta a la pregunta inicial es clara: sí, las infracciones de terrorismo son distintas en su contenido de injusto de otros delitos porque el plus específicamente terrorista de su lesividad implica en un doble sentido un referente de futuro. Por un lado, es obvio que la dimensión del especial riesgo que emana de la existencia y permanencia de una organización desaparece si existe un cese

(27) Es decir: las infracciones que consisten en ser miembro o mantener una relación de colaboración con una organización delictiva; en el ordenamiento español, los delitos de asociación ilícita, de criminalidad organizada y los relacionados con una organización terrorista.

definitivo de la violencia. Por otro lado, es claro que la pretensión de desafiar al Estado, y, en última instancia, de subvertir el orden constitucional, igualmente desaparece en el momento que la organización terrorista deja de usar la violencia sin que haya habido un proceso de negociación política⁽²⁸⁾. Esto no implica que haya sin más una reducción de la peligrosidad de los sujetos en cuestión —esto es algo que puede suceder respecto de cualquier autor de un delito, sin que haya razón alguna para limitar la ejecución de su pena—. Lo que aquí interesa es que un componente necesariamente prospectivo de todo el tratamiento jurídico-penal del terrorismo, la proyección de futuro tanto en términos de riesgo que emana de una organización armada, como en el sentido de un cuestionamiento violento de las bases del ordenamiento jurídico-constitucional, se disuelve por completo. El lenguaje violento que es el terrorismo deja de hablarse.

2. Lo acabado de decir en nada cambia el hecho de que los muertos, muertos siguen, y que todas las víctimas individuales de la actividad terrorista han sufrido un daño en sus bienes que —visto necesariamente desde una perspectiva retrospectiva, la propia del Derecho penal— no desaparece de ningún modo por el cese de la violencia. En consecuencia, lo que aquí se constata es que se produce un extraordinario debilitamiento de las dimensiones de injusto colectivas, no del elemento del daño subjetivo.

Por tanto, el punto de partida que aquí se propone es decir que el plus de injusto en las infracciones contra bienes jurídicos individuales habidas (el trecho de pena que va del homicidio común al homicidio terrorista, etc.) es el que queda disuelto en la nueva situación, al igual que queda disuelta toda la lesividad en las infracciones sin lesiones individuales, es decir, en los delitos de organización (colaboración y pertenencia), en las diversas formas de actos preparatorios específicamente incriminados y en las modalidades de actos de comunicación constitutivas de delito. En todos estos casos, hay sólidas razones en la misma esencia de los delitos de terrorismo para afirmar que es necesario tomar medidas penitenciarias o de gracia que tengan en cuenta el nuevo contexto social que implica el cese definitivo de la violencia terrorista.

(28) Estos dos elementos se plantean de un modo completamente diverso en lo que se refiere al terrorismo llevado a cabo no contra el Estado, sino desde el Estado (vid. sobre esta noción, y la procedencia de calificar como terroristas las actividades de guerra sucia por parte de órganos del Estado conforme a Derecho español, CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo* [n. 4], pp. 187 y ss.): como es obvio, una vez que ha cesado la actividad terrorista, la *organización* «Estado» y la posibilidad de un nuevo uso del poder coactivo del mismo en actividades de terroristas siempre persisten, de modo que, en realidad, no puede haber cese *definitivo* de la violencia (vid. la definición aquí propuesta en n. 1 y cfr. sobre el problema, referido a Chile y la ley de amnistía adoptada inicialmente allí, MAÑALICH, *Terror, pena y amnistía*, 2010, *passim*, pp. 155 y ss.).