



***EL DELITO DE ORGANIZACIÓN TERRORISTA:
UN MODELO DE DERECHO PENAL DEL ENEMIGO***

**Tesis Doctoral que presenta
el Doctorando GILBERTO SANTA RITA TAMÉS,
para la obtención del Grado de Doctor en Derecho
por la Universidad de Sevilla,
bajo la dirección del
Prof. Dr. MIGUEL POLAINO-ORTS**

Universidad de Sevilla

Curso 2011/2012

“*Quetzalcóatl* es el rey-sacerdote, respetuoso de los ritos y de los decretos del destino, que no combate y que se da a la muerte para renacer. *Huitzilopochtli*, al contrario, es el sol-héroe de los guerreros, que se defiende, que lucha y triunfa, *invictus sol*, que abate a sus enemigos con las llamas de su xiucoatl”.

(Octavio PAZ, *El laberinto de la soledad*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid, 1981, pág.39.)

ABREVIATURAS

ADPCP	- Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AA.VV	- Autores Varios
B.O.E.	- Boletín Oficial del Estado
CCA	- Cuadernos de Conferencias y Artículos
CDJ	- Cuadernos de Derecho Judicial
CE	- Constitución Española
Cfr.	- Confróntese
Coord.	- Coordinador
CP	- Código Penal
CPC	- Cuadernos de Política Criminal
Dir.	- Director
Ed.	- Editor
Edic,	- Edición
EE.UU	- Estados Unidos de Norte América
INACIPE	- Instituto Nacional de Ciencias Penales
LEC	- Ley de Enjuiciamiento Criminal
LFCDO	- Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
LO	- Ley Orgánica
Op., cit.	- En la obra citada
RFCSJE	- Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche
RDPC	- Revista de Derecho Penal y Criminología
RECPC	- Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología

RFDUC	- Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RFDUG	- Revista de la Facultad de Derecho Universidad de la Universidad de Granada
SCJN	- Suprema Corte de Justicia de la Nación
UNED	- Universidad Nacional de Educación a Distancia
Vid.	- Véase
Vol.	- Volumen

Abreviaturas	3
Introducción	10

CAPÍTULO I
TERRORISMO.
MARCO CONCEPTUAL: APROXIMACIÓN
ANTROPOLÓGICA, CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA

I.-	Marco conceptual	14
	A) Aproximación antropológica al terror y terrorismo	16
	1. <i>Terror y la subcultura</i>	16
	2. <i>El terror como fenómeno de dispersión</i> <i>Desestabilizadora</i>	22
	3. <i>De máscaras y brujería</i>	24
	4. <i>Bandolerismo y anarquismo</i>	28
	B) Sobre el concepto de terrorismo	32
II.-	Consideraciones criminológicas	38
III.-	Consideraciones victimológicas	42
	A) Sujetos potencialmente victimizables, el infiltrado	45
	B) Toma de postura	48

CAPÍTULO II
POTENCIAL COMUNICATIVO DEL TERRORISMO

I.-	Terrorismo como expresión de intimidación Política	50
II.-	Terrorismo como sistema modificador de expectativas	56
	A) La Política	56
	B) Cuestionamiento del poder político a través del terrorismo	59
	C) El terrorismo como fenómeno cuestionador de expectativas normativas	62
III.-	Terrorismo y medios de comunicación masiva	67
IV.-	Síntesis	75

CAPÍTULO III
ANÁLISIS DE LA ACCIÓN TÍPICA

I.-	El nuevo marco legal	80
II.-	La acción como elemento funcional	82
III.-	Modelos de imputación	88
	A) Promover y constituir como expresión de sentido fundacional	88
	B) Organizar	93
	C) Dirigir	96
IV.-	Contenido normativo de los roles en los modelos de imputación	100
	A) Potencial de riesgo aportado	102

B)	Autoexclusión potestativa	111
1.	<i>Rol, persona y terrorismo</i>	113
2.	<i>Recapitulación</i>	116
V.-	Aproximación a los conceptos de organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita	117
A)	Organización criminal	118
B)	Grupo criminal	126
C)	Asociación ilícita	131
D)	Macro organizaciones / grupos criminales	136
1.	<i>Formación por un elevado grupo de personas</i>	137
2.	<i>Disposición de armas o instrumentos peligrosos</i>	141
3.	<i>Configuración como delito de posesión</i>	145
4.	<i>Macro organización y conflicto armado</i>	151
5.	<i>Disposición de medios tecnológicos avanzados o medios de transporte</i>	153

CAPÍTULO IV

BIEN JURÍDICO

I.-	Contenido material del injusto	162
A)	Bien	163
B)	Interés	164
C)	Objeto	168
II.-	Contenido material del injusto en el delito de organización terrorista	170
A)	Primera regulación del terrorismo	170
B)	Asociación ilícita	172
1.	<i>Leyes 42/1971 y 44/1971</i>	174
2.	<i>Democracia, ¿qué sucede con el objeto de protección?</i>	175
3.	<i>Seguridad y desorden público</i>	182
4.	<i>Recapitulación</i>	188
III.-	El orden público como bien jurídico común a los artículos 571 y 572	189
A)	Especial referencia al Derecho penal del enemigo	192
B)	Síntesis	196

CAPÍTULO V

SEGURIDAD COGNITIVA

I.-	Seguridad cognitiva como concepto normativo-funcional	197
A)	Enemistad/seguridad cognitiva, un antagonismo normativo	198
1.	<i>Vigencia de la norma y actividad terrorista</i>	200
2.	<i>La enemistad terrorista como generadora de Inseguridad cognitiva</i>	208
3.	<i>Efectos derivados del ataque a la seguridad</i>	

	<i>cognitiva por parte de la organización terrorista</i>	213
II.-	La norma como motivadora de juridicidad completa y su Cuestionamiento por parte de la organización terrorista	219
	A) Función motivadora de la norma	219
	B) La importancia del Derecho para la organización terrorista	227
III.-	Tránsito normativo de ciudadano a enemigo/terrorista	229
IV.-	Comprobación del status de enemistad en el delito de organización terrorista ¿es el Derecho penal del enemigo antigarantista?	235

CAPÍTULO VI

LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA COMO INJUSTO SISTÉMICO

I.-	Consideraciones previas	241
II.-	Estructura organizativa	241
	A) Aspecto objetivo. Pluralidad numérica y sentido organizativo	241
	B) Aspecto subjetivo, el acuerdo previo	246
	C) ¿Objeto social en las organizaciones terroristas?	248
	D) La organización criminal como estructura de naturaleza empresarial	255
	E) Conflicto y efectividad de la actividad empresarial Delictiva	261
	F) El injusto sistémico de organización terrorista	265
	G) Velocidad y reacción del sistema terrorista	272

CAPÍTULO VII

ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PROTECCIÓN COMO TÉCNICA DE COMBATE A LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

I.-	Marco conceptual del adelantamiento	276
	A) Cambio de paradigma ante el delito	276
	B) Sobre la vulneración al principio del hecho	279
	C) Adelantamiento de la barrera de punibilidad	282
	1. <i>El ámbito previo en la conformación Terrorista</i>	282
	2. <i>La esfera interna como límite del adelantamiento</i>	288
	3. <i>Adelantamiento como sistema de comunicación estabilizador frente al terrorismo organizativo</i>	295
II.-	“Lucha”, “guerra” y adelantamiento contra las organizaciones terroristas	303
III.-	El adelantamiento de la barrera de protección como facilitador de juridicidad ciudadana	310

CAPÍTULO VIII

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

I.-	Elementos subjetivos del injusto en el delito de conformación de organización o grupo terrorista	318
	A) Consideraciones previas	318
	B) Clasificación de los elementos subjetivos del injusto pertenecientes al delito de conformación de organización o grupo terrorista	319
	C) Subvertir el orden constitucional	322
	D) Alteración grave de la paz pública	331
II.-	Lo objetivo <i>versus</i> lo subjetivo	336

CAPÍTULO IX

AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN CONFORMATIVA: ANTI JURIDICIDAD FORMAL

I.-	Introducción al sistema de las causas de justificación	342
II.-	Legítima defensa	349
	A) Naturaleza jurídica	349
	B) Agresión ilegítima	352
	C) Necesidad de la defensa	356
	D) Falta de provocación por parte del defensor	359
	E) Síntesis	359
III.-	Estado de necesidad justificante	360
	A) Elementos	360
	B) Estado de necesidad para proteger al Estado y la sociedad	361
IV.-	Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho	365
	A) Cumplimiento de un deber	365
	B) Ejercicio de un derecho	366
V.-	Consentimiento	367
VI.-	Síntesis	367

CAPÍTULO X

CULPABILIDAD

I.-	Estado de la cuestión	372
II.-	Concepto funcional de culpabilidad	375
	A) Principio de culpabilidad y pena	375
	B) Culpabilidad como comunicación	377
	C) Culpabilidad del enemigo	380
	D) Defectos volitivos	386
	E) Aproximación a la problemática del libre albedrío	391
	F) Defectos cognitivos	392
	1. Defecto cognitivo, sociedad y terrorismo	392
	2. Sobre el error de prohibición	398
	G) Fidelidad al Derecho como elemento de la culpabilidad	401

CAPÍTULO XI
AUTORÍA, PARTICIPACIÓN ACTIVA Y FORMAR
PARTE EN EL CONTEXTO DE LA ORGANIZACIÓN
TERRORISTA

I.-	Aproximación a la autoría en las acciones de promover constituir organizar o dirigir	413
II.-	Participación en el delito de organización terrorista	418
	A) Participación activa / Formar parte	418
	1. Afiliados y miembros activos	418
	2. Pertenencia	422
	3. Actuación al servicio y colaboración/cooperación	427
	B) Participación activa e imputación objetiva en el seno de la organización terrorista	434
III.-	Nociones sobre la inducción y la complicidad en la organización terrorista	445
	A) Inducción	445
	B) Complicidad	448

CAPÍTULO XII
TENTATIVA Y OTROS SISTEMAS DE ANTICIPACIÓN
PUNITIVA FRENTE A LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

I.-	Consideraciones previas	455
II.-	Tentativa como paradigma de adelantamiento de la barrera de punibilidad	455
III.-	Conspiración, provocación y proposición en la conformación de la organización terrorista	462
	A) Conspiración	462
	B) Provocación	471
	C) Proposición	474
IV.-	Excurso: sobre la tentativa de conformación	478
	CONCLUSIONES	480
	BIBLIOGRAFÍA	487

INTRODUCCIÓN

“No lo sé de fijo, pero afirmaban también que en Petersburgo habían descubierto, por aquel tiempo mismo una terrible sociedad monstruosa y hostil al régimen, formada por treinta hombres y que casi hacía temblar al edificio”¹. Este fragmento pertenece a la obra *Demonios* de DOSTOYEVSKI, en la que se narran de forma pormenorizada una serie de acontecimientos que durante el siglo XIX dieron cuerpo al posterior movimiento anarquista ruso. El texto transcrito, a pesar de su brevedad, es rico en elementos que tienen relación con la temática de la presente investigación; se fragua un rumor, algo que a ciencia cierta no se sabe qué alcance tiene. Posteriormente se habla sobre una sociedad, un grupo, una organización que es poderosa, peligrosa al tal grado que hace temblar al edificio. De conformidad a la terminología funcionalista el fragmento se puede traducir en que la organización no presta ninguna seguridad cognitiva, es decir, es tan peligrosa que incluso hace temblar al edificio. Así sucede igualmente con la conformación de una organización terrorista. Es de tal envergadura el aporte de inseguridad que se puede afirmar que conmueve la estructura social, al edificio cultural.

La persona es un concepto mediado por lo social. Este es uno de los pilares sobre los que descansa una visión funcionalista de la sociedad. En este sentido cada uno de los participantes en la sociedad deberá de ejercer sus roles con la máxima diligencia posible.

En la actualidad este paradigma de sociedad ha sido ampliamente examinado por la doctrina española y alemana, sin que la discusión haya logrado pacificarse. El modelo funcionalista aplicado al Derecho penal es el contenido esencial bajo el que corren las líneas del presente documento. A pesar del alto contenido sociológico del que se compone el funcionalismo, el trabajo de investigación ha tenido que ser depurado y arraigado en el universo del Derecho penal. De esta manera de forma general, se ha llevado a cabo un estudio acerca de la conformación de una organización o grupo terrorista desde la perspectiva funcionalista normativo.

La problemática del terrorismo manifiesta una especial importancia en España debido a la presencia de organizaciones terroristas en el país. Por ello el fenómeno ha sido tratado especialmente por la doctrina a nivel dogmático y político criminal. En este sentido la presente tesis doctoral explora la problemática del terrorismo en su vertiente conformativa. En otras palabras analiza los elementos típicos que componen el delito de *conformación de organización o grupo terrorista*. A pesar de que ambos fenómenos son de interés y se relacionan estrechamente, es importante aclarar que el trabajo, sin dejar a un lado el grupo terrorista, se centra esencialmente en la problemática de la organización terrorista.

De conformidad con la reforma del año 2010 fue introducida en el catálogo delictivo la conducta conformativa de un sistema criminal de alto nivel desestabilizador. El artículo 571, de reciente creación, representa un cambio en el paradigma de combate a las organizaciones terroristas. Un cambio que tiene una plena orientación hacia un

¹ DOSTOYEVSKI, Fiodor M., “*Demonios*”, traducido por Rafael CANSINOS ASSENS, en Fiodor M. DOSTOYEVSKI, *Obras Completas*, tomo II, 9ª. edic., 5ª reimpr., Aguilar, Madrid, 1977, pág. 1076.

derecho preventivo, especialmente comunicativo y portador de un mensaje contrafáctico a través de la pena. El tipo penal que se explora en las páginas siguientes es una muestra palpable de un modelo normativo de Derecho penal del enemigo.

El trabajo de investigación consta de doce capítulos en los que se plantea una aproximación a la problemática de la organización terrorista desde una postura altamente dogmática. Con la elaboración de la tesis se estableció, como objetivo, exponer pormenorizadamente el estudio del tipo a partir de las categorías pertenecientes a la parte general del Derecho penal.

La metodología que se ha empleado consiste en el estudio de cada uno de los escaños que componen la teoría general del delito es decir conducta, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, en aras de que la investigación tenga un orden lógico, asequible y sobre todo científico.

Por los temas abordados, el trabajo puede ser dividido en dos partes. Una primera considerablemente más breve que contiene los dos primeros capítulos y otra con los restantes diez.

El capítulo primero trata del estudio del terrorismo desde una perspectiva conceptual, criminológica y victimológica. Es una suerte de introducción a la temática desde una perspectiva alejada de lo dogmático. El motivo se debe a que la problemática de la organización terrorista se encuentra rodeada de una serie de elementos que van más allá de lo meramente dogmático. Un ejemplo muy claro de ello es el terror y su vinculación con las organizaciones criminales a lo largo del tiempo. La cuestión de los signos distintivos que permiten identificar la conducta terrorista en su vertiente organizativa también se trabaja en este primer segmento. En el mismo sentido se explora la subcultura como un ambiente semejante al del sistema de injusto pero desde un prisma sociológico. En particular se estimó necesario dedicar al menos algunas reflexiones a la víctima del terrorismo y al infiltrado como sujeto susceptible de victimización.

En el segundo capítulo se aborda una temática un tanto abstracta que implica explorar el potencial comunicativo del terrorismo. De hecho en un principio se pensó que el capítulo debería de llamarse terrorismo y comunicación, pero al final se desechó esa posibilidad por ser demasiado amplia. En esta parte del trabajo se trata a profundidad el tema del vínculo antagónico existente entre la actividad terrorista y la política.

Posteriormente da inicio la segunda parte de la tesis que consta de diez capítulos más en los que se aborda la problemática de la conformación de la organización criminal conforme al esquema de la teoría general del delito.

A partir del capítulo tres se examina la temática de los elementos objetivos del tipo, especialmente, las acciones de promover constituir organizar o dirigir una organización o grupo terrorista. Dentro de dicho capítulo también se trata el tema de las macro organizaciones terroristas y se estudia a fondo la nueva problemática generada por la reforma de 2010.

El análisis continúa en los demás capítulos abordándose el tema del bien jurídico y la seguridad cognitiva como entidades complementarias dignas de la máxima protección por parte del Derecho penal. Posteriormente se aborda la estructura de la organización criminal desde el sugerente enfoque del injusto sistémico, concepto poco manejado por la doctrina pero que es de la máxima utilidad para una revisión funcionalista del terrorismo organizado.

En el capítulo siguiente se explora el adelantamiento de la barrera punitiva como mecanismo del Derecho penal del enemigo, para continuar con los elementos subjetivos que son especialmente importantes gracias a que el tipo en estudio contiene un par consistentes en subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

En la parte final del trabajo se examina la ausencia de causas de justificación, materia a la que, pese a su obviedad bien ha valido la pena darle un tratamiento detallado en relación con la conformación de la organización terrorista. De la misma manera se abordan la culpabilidad, autoría-participación así como la tentativa y otras técnicas de anticipación que maneja el legislador español.

La investigación, en conjunto, ha sido motivada por el reconocimiento que en la actualidad ha tenido la organización terrorista como entidad desestabilizadora por excelencia y su oposición a la democracia. En particular la evolución de los delitos de organización en América Latina y especialmente en México tiene relación con el terrorismo organizado. La guerra contra el crimen organizado obliga a visualizar su combate desde un nuevo paradigma que en España ha tenido un importante desarrollo. Se trata de la necesidad de estudiar en profundidad el modelo del Derecho penal del enemigo que ha tenido su máximo desarrollo en la Universidad Hispalense de Sevilla aplicado a la conformación de la organización terrorista. España en materia de combate al terrorismo y desarrollo político criminal de un Derecho penal de combate a fenómenos desestabilizadores, es ejemplo para los países hispanoamericanos que hoy en día se enfrentan a una problemática criminal sin parangón.

Así, solamente respetando a la otra persona en su esfera de autoorganización y actuando responsablemente podremos decir que vivimos en democracia. El cumplimiento de las obligaciones de cada uno de los ciudadanos dará forma a un tejido social seguro y pacífico. No conformar una organización terrorista es obligación del ciudadano, no es un mérito. Esto no es nada más que el respeto al derecho de los demás, o en palabras de KANT “(...) cometen, en realidad, injusticia al no respetar el concepto de derecho, que es el único que podría fundar la paz para siempre”².

² KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio TRUYOL Y SERRA / traducción de Joaquín ABELLÁN, 7ª. edic., Tecnos, Madrid, reimpresión 2008, pág. 59.

CAPÍTULO I

TERRORISMO.

MARCO CONCEPTUAL: APROXIMACIÓN ANTROPOLÓGICA, CRIMINOLÓGICA Y VICTIMOLÓGICA

I.- Marco conceptual

Las nociones de terror, terrorismo y organización terrorista son asequibles profanamente. En el ámbito del lego su precisión carece de relevancia. Sin embargo, en el contexto de una investigación jurídico-penal la delimitación conceptual ha de ser rigurosa. A nivel científico, los conceptos iniciales han de estar, si no agotados, sí suficientemente esclarecidos para poder avanzar en desarrollo técnico. De lo contrario la investigación carecerá de una base sólida que permita llevar a cabo una exploración adecuada sobre el tema.

Comencemos con una evidencia que es experimentable en la sociedad moderna. El empleo del terror, como vehículo de intimidación política, no es un acontecimiento novedoso. Con frecuencia la vía democrática y pacífica para la resolución de diferencias socio-políticas ha sido substituida por la senda de la violencia organizativamente ejercida.

Para producir terror se requieren determinados elementos materiales de naturaleza bélica o de hostigamiento social. En este sentido, una banda terrorista sin armamento difícilmente puede llegar a crear desestabilización social. El uso de las armas, como medio coactivo para generar un resultado social, ha sido el *modus operandi* de los terroristas desde la época de los *sicarii* en la Roma imperial. A partir de ese momento la forma de actuación no ha cambiado en estricto sentido con el paso de los años³. La modernización del equipamiento y la tecnología en general han dotado al terrorismo de nuevas herramientas para alcanzar sus objetivos. Paradójicamente las herramientas materiales de las organizaciones terroristas han cambiado a lo largo del tiempo, mientras que el elemento teleológico, es decir, las razones que han motivado su conformación, han permanecido inermes con el paso del tiempo.

Debido a la amplitud de la conducta, la definición del terrorismo no es una labor sencilla, por lo que prácticamente cada autor que se ha encargado del estudio de la problemática, adiciona un elemento extra en aras de perfeccionar y precisar la descripción de la cuestión.

La complejidad de la tarea radica en que el fenómeno puede ser estudiado desde una multiplicidad de ángulos tales como el político, social, jurídico, psicológico, religioso etc. Aunado a lo anterior existen diversas conductas que suelen quedar englobadas dentro del amplio concepto de “terrorismo”. La doctrina afirma que el terrorismo no es definible con claridad ni tampoco es acotable en cuanto a sus extremos jurídicos de manera absoluta⁴. Desde la perspectiva penal otra importante dificultad que plantea su estudio y perfeccionamiento para su combate, reside en que requiere claridad dogmática y para ello hay que actuar, como en el resto de los delitos, desde una perspectiva de respuesta multifactorial⁵.

³ En otro sentido “Los *modus operandi* varían según las épocas, los lugares, los objetivos y, en una palabra, las «culturas» terroristas: atentados, secuestros de aviones, raptos, toma de rehenes, operaciones de comandos, etc.”, en Reynald OTTENHOF, “¿Terrorismo o terrorismos?”, traducción de Augusto MAESO, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 42, Fascículo III, Madrid, 1989, pág. 949.

⁴ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008, pág. 21.

⁵ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 19.

Sobre el terrorismo en sentido amplio es importante señalar que la mayoría de la literatura ha abordado el tema desde dos ángulos, es decir, a partir de una perspectiva local e internacional. Aunque la bipartición no se encuentre libre de consideraciones críticas, estimamos que es positivo delimitar el tema y dejar en claro que en esta investigación, exploraremos únicamente el fenómeno terrorista desde el Derecho interno. En otras palabras, se abordará a la luz del CP español sin estudiar la normativa correspondiente al aspecto internacional del fenómeno. Sin embargo, en la medida en que el trabajo lo amerite, se harán algunas referencias y ejemplificaciones internacionales con un ánimo meramente didáctico y con fines aclaratorios. A pesar de lo que se ha dicho, no somos ajenos a las implicaciones que conlleva el combate al terrorismo a nivel mundial. Tampoco ignoramos que el fenómeno, tanto en un contexto local como internacional, comparten una cantidad de elementos operativos y sistémicos de gran relevancia. Actualmente es necesario dar a la teoría del Derecho penal un enfoque internacional ante la realidad del terrorismo y la delincuencia organizada como fenómenos que se manifiestan transnacionalmente⁶.

Todo terrorismo implica violencia pero no toda violencia es terrorismo. Una primera tarea consiste en señalar aquellas características que permiten determinar que un fenómeno violento sea considerado como terrorista. Es posible afirmar que el evento terrorista se acompaña de una serie de delitos menores que posteriormente serán empleados para alcanzar las finalidades que se han trazado⁷. Existen conductas penales que son típicamente llevadas a cabo por los miembros de la delincuencia terrorista; nos referimos a los llamados delitos de posesión, conforme a los cuales se sanciona la mera tenencia de un objeto peligroso⁸. Un ejemplo de ello es la tenencia de explosivos. Sin embargo, cualquier objeto puede ser utilizado con fines abyectos y entonces estimarse como peligroso. A pesar de ello, la organización terrorista se especializará en hacerse de aquellas armas que posean el mayor potencial dañoso. A mayor destrucción, mayor desestabilización social.

Existen en la sociedad una serie de fenómenos delictivos de alto impacto que deben ser observados con detenimiento para ver si resulta viable considerarlos como eventos terroristas, porque ciertamente en una primera aproximación pueden llegar a ser semejantes⁹.

Lo que es el común denominador en el terrorismo, independientemente de los objetos que se posean, es que por medio de la violencia se llevan a cabo acciones

⁶ SINN, Arndt / ZÖLLER, Mark A., “Erstes internationales Forum über Kriminalität und Strafrecht im Zeitalter der Globalisierung, vom 24. bis 26. Oktober in Peking”, en Jürgen WOLTER / Paul-Günter PÖTZ / Wilfried KÜPER / Michael HETTINGER (eds.), *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 1, R.v. Decker, Alemania, 2010, pág. 45.

⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Editorial La Ley, Madrid, 2010, págs. 55-56.

⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pág. 359. “El núcleo de esos delitos se halla en que, al menos en el tipo básico o puro de posesión, no se sanciona propiamente una conducta activa u omisiva sino la mera situación fáctica de posesión o tenencia de una cosa que se estima peligrosa”. Vid. Miguel POLAINO-ORTS, “Delitos de posesión como Derecho penal del enemigo”, en Julio B J MAIER / Marcelo A SANCINETTI / Wolfgang SCHÖNE (dir.) / Ezequiel MALARINO / Alejandro KISS (coords.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro homenaje a Eberhard Struensee*, ADHOC, Buenos Aires, 2011, pág. 488.

⁹ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 57.

coactivas en contra del o los Gobiernos con los que existe el conflicto¹⁰. La violencia ha de ser de tal intensidad que se vean vulnerados los pilares normativos sobre los que descansa toda la estructura del Estado.

Por otra parte, desde una perspectiva como la de BENTHAM en su *Tratado de Derecho civil y penal*, el nivel de impacto-alarma que despliega el delito, en este caso el terrorismo, en la población, es evidente. Con ello se consolidan los objetivos del terrorista: generar miedo, desestabilización y pérdida de certidumbre en la vigencia de la norma. Estos conceptos normativos serán esbozados con mayor detalle posteriormente.

A) Aproximación antropológica al terror y terrorismo

1. Terror y la subcultura

El terror-pánico como vivencia humana, es un fenómeno que se experimenta en innumerables ocasiones desde la temprana juventud¹¹. En este sentido, existe una doble relación antagónica entre la sensación que genera el miedo y la felicidad, por ejemplo en el caso de juegos mecánicos como la montaña rusa o la rueda de la fortuna. Ello se debe a que tales sensaciones no son absolutas, sino que es posible graduarlas y regularlas. El temor, el terror o el pánico son graduaciones del miedo¹². Por ello se afirma que el miedo no debe ser considerado como una enfermedad a diferencia de la angustia, la fobia y la ansiedad que sí han de requerir un tratamiento especializado¹³. El terror entonces también puede ser explorado a partir del sujeto mismo como una experiencia humana individual.

El miedo puede ser generado intencionalmente por el ser humano. En ARISTÓTELES existe una vinculación entre el miedo y la juventud considerando a esta etapa intermedia de la existencia humana como propensa a la violencia¹⁴. Esto se debe a que la juventud se caracteriza por el ímpetu hacia la vida y el desarrollo de las artes físicas. A diferencia de otras etapas, la juventud es maleable, orientable, pero también manipulable. Muestra de ello son la gran cantidad de jóvenes que han sido el nutriente popular de los movimientos guerrilleros, revolucionarios, y terroristas de diferentes organizaciones a lo largo de la historia.

ARISTÓTELES estima la existencia de un *hybris* como un sentimiento reprobable que consiste en la producción de placer causando la desgracia de otros, al que califica

¹⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 57.

¹¹ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, Plaza y Janes, Madrid, 1989, pág. 32.

¹² HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La exigente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Bosch, Barcelona 1991, pág.25.

¹³ HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La exigente*, op. cit., pág. 26.

¹⁴ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 32-33. Sobre el binomio juventud y violencia, la obra *El señor de las moscas* es un importante referente literario acerca del fenómeno de la violencia y la juventud. En dicha obra un grupo de jóvenes se encuentra en una isla incomunicados y divididos entre ellos, por lo que se ven en la imperiosa necesidad de organizarse para poder sobrevivir. La situación genera conflictos violentos entre dos clanes que dominan sus correspondientes sectores de la isla. La juventud como segmento de la sociedad se ha organizado en pandillas, clanes o grupos para cometer actos delictivos desde los tiempos remotos. Vid. William GOLDING, *El señor de las moscas*, traducción de Carmen VERGARA, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

como injusto¹⁵, y que tiene una vinculación directa respecto a la relación que existe entre *Eros* y *Tanatos*. Este binomio se produce a causa de la represión del principio del placer por el peso del principio de la realidad, lo cual ha de generar angustia para el sujeto que se encuentra dentro de esta problemática¹⁶. El fenómeno fue explorado por FREUD y es considerado como la dinámica de la civilización de tal suerte que la sociedad ha de operar como el arquetipo del padre que reprime al sujeto (hijo) en sus instintos. Sin embargo, los instintos no se extinguen sino que sólo se alojan en las profundidades del subconsciente. Si salen a la luz, entonces cobra vigencia el llamado retorno de lo reprimido que ha de moldear una parte de la historia prohibida que se encuentra sumergida en los abismos más oscuros de la civilización¹⁷. Bajo esta teoría psicoanalítica, los instintos nunca han de desaparecer, por lo que muy en el fondo de cada sujeto se alojan los impulsos más primitivos.

Conforme a este orden de ideas, existe un asombroso sincretismo entre los instintos más poderosos del ser humano, es decir, el de la vida y la muerte. En este sentido el impulso de auto conservación y el de lucha por la existencia se encuentran acotados (*Eros* y *Tanatos*) y habrán de manifestarse a través de “la agresión socialmente útil como labor de los instintos destructivos”¹⁸. De esta manera se pone de manifiesto que el instinto de muerte es parte de la condición humana y que se relaciona íntimamente con el instinto de supervivencia.

Por otra parte las teorías sobre la agresión se dividen en dos grandes grupos, uno de ellos considera que la agresión es algo absolutamente instintivo inherente a todos los animales incluidos el ser humano, mientras que la otra niega dichas afirmaciones y estima que la agresión es aprendida y condicionada por múltiples factores¹⁹. Para efectos de esta investigación lo importante es subrayar la naturaleza antropológica de los instintos destructivos como parte de la vida humana. Estas inclinaciones son innegables e irradicables más no incontrolables. Dichos instintos han de aflorar hacia el mundo fenomenológico siempre y cuando estos sean estimulados por la mundanidad circundante al sujeto, y no por simple generación espontánea.

El terror puede ser explorado desde la perspectiva meramente individual. Sin embargo, ello tiene una importante relación con el terrorismo y posteriormente con la conformación de la organización terrorista. El vínculo radica en que el terror y la violencia son el vehículo comunicativo de las organizaciones criminales. La estrategia del miedo ha resultado ser efectivamente desorientadora de la sociedad a lo largo de la historia.

El terrorismo es el fenómeno desestabilizador por excelencia. Operativamente se conforma subrepticamente y ataca por sorpresa. En palabras de PAWLIK “huye de la lucha abierta”²⁰. El fenómeno no es nuevo. Puede afirmarse que es tan antiguo como el

¹⁵ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 35.

¹⁶ MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, 3ª. edic., traducción de Juan GARCÍA PONCE, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 28.

¹⁷ MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, op. cit., pág. 29.

¹⁸ MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, op. cit., pág. 36.

¹⁹ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, traducción de Antonio GARZA Y GARZA, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1971, págs. 214-216.

²⁰ PAWLIK, Michael, “El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno”, traducción de Enrique BACIGALUPO con la colaboración de Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA,

hombre mismo. En este sentido, el terrorismo tiene, como toda conducta criminal, un origen histórico y una evolución antropológica añeja.

El fenómeno terrorista naturalmente contiene como elemento esencial el terror. A pesar de que la problemática sea multifactorial y existan distintas conductas catalogadas como terrorismo, todas comparten el elemento terror como característica fundamental. El terror ha sido abordado incluso por la literatura popular y se le ha vinculado con el concepto de “lo trágico”²¹ circunstancia que lleva a considerar que la palabra tiene una significación variada y polifacética.

La utilización formal del término es relativamente reciente, remontándose a la época de la Revolución francesa. En este sentido ideológicamente en un principio ROBESPIERRE se decantó por la abolición absoluta de la pena de muerte, postura que no se vio reflejada en sus palabras cuando se pronunció a favor de la ejecución pública de LUIS XVI²². De esta manera se dio inicio a la legitimación de la pena de muerte no como una medida dictatorial, sino como un recurso excepcional revestido de legitimación popular. Tal situación quedó reflejada en el dicho “el terror saludable de la justicia del pueblo”²³. La palabra terrorismo fue empleada por primera vez en el año de 1789 en el diccionario de la Academia francesa²⁴.

Durante los mencionados acontecimientos históricos se dio inicio formalmente al empleo de expresiones como terror y terrorismo con un marcado sentido político orientado hacia el control social. Sin embargo, el terror como fenómeno social es mucho más antiguo y tiene parte de su génesis en el sistema religioso al ser estimado como un castigo enviado por Dios e incluso es referido continuamente a lo largo del Antiguo Testamento²⁵. La situación no es privativa del cristianismo sino que es general en todas las religiones, de ahí la necesidad de desmitificar la figura de los profetas, para comprenderlos no como jueces amenazantes que nos atemorizan en vida, ello ha provocado que la doctrina se haya esforzado por generar en las personas un sentimiento de aceptación-amor-temor, por ejemplo hacia Jesús²⁶.

El “terror bíblico” existió institucionalmente y de forma particularmente aflictiva a partir de la instauración del cristianismo como la religión del imperio²⁷. Su punto

Marcial Pons, en Michael PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Madrid, 2010, pág. 141.

²¹ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 10-11.

²² En palabras del propio M. ROBESPIERRE “Si, la pena de muerte, en general, es un crimen y por esa única razón, según los principios indestructibles de la naturaleza, sólo puede justificarse en el caso de que sea necesaria para la seguridad de los individuos o del *corpus* social”, en Bernat MUNIESA, *El discurso jacobino en la revolución francesa*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 59.

²³ Palabras pronunciadas durante un discurso el día 3 de diciembre de 1792, en el que se debatía la conveniencia de la ejecución del rey Luis XVI, en Bernat MUNIESA, *El discurso*, op. cit., pág. 60.

²⁴ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 19. En el mismo sentido, John F MURPHY, *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, 3ª. edic., Cambridge University Press, Estados Unidos de Norte América, 2007, pág. 298.

²⁵ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 21. Incluso la propia denominación que se hace en la Biblia acerca del juicio final genera cierta sensación de incertidumbre que dependerá de la vivencia que se da al interior de cada persona. En este orden de ideas el Apocalipsis no ha de ser tomado en un sentido literal, sino que habrá que interpretar la simbología que se encuentra en el relato, en Xavier ALEGRE, *Resistencia y esperanza cristiana en un mundo injusto. Introducción al apocalipsis*, Cristianisme i justícia, Barcelona, 2010, pág. 12.

²⁶ GONZÁLEZ FAUS, José I., *Miedo a Jesús*, Cristianisme i Justícia, Barcelona, 2009, pág. 29.

²⁷ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 21.

culminante se alcanzó durante la Edad Media y los procesos inquisitoriales. No obstante el binomio religión-terror no es exclusivo del cristianismo sino que ha sido común denominador en todas las culturas. Como ejemplo basta con estudiar el ritualismo del impero azteca. El sacrificio humano, además de su sentido esotérico, se ejecutaba con miras a infundir terror en la población y a los enemigos por igual. En Europa los griegos atribuyen al dios *Pan*, como deidad, entre otras muchas cosas de la juventud militar, “el pánico” que causaban los combatientes, aunque la discusión sobre el tema sigue siendo acalorada²⁸. De esta manera desde la antigüedad las culturas han identificado el espectro comunicativo del terror y su utilidad política.

En otro sentido, el terrorismo implica un grado importante de degradación social. Un concepto interesante es el de la *subcultura violenta*, problemática que ha acompañado a la sociedad desde sus inicios. El fenómeno tiene una relación directa con el terror, la violencia y la descomposición social. En breves palabras no es otra cosa que un sistema normativo-valorativo-cuyos elementos se encuentran en mayor o menor medida impregnados por la violencia²⁹. Un ejemplo al estilo romano de este fenómeno lo encontramos en los rituales llevados a cabo entre CATILINA -enemigo acérrimo de CICERÓN- y sus discípulos a través de sanguinarios y profanos rituales, impregnados de homosexualidad, como parte de los ritos³⁰ del grupo³¹. Ello no significa que las subculturas se encuentren invariablemente, y en todo momento, llevando a cabo actos de violencia como si fueran sistemas compulsivos de agresión permanente.

Para poder determinar los elementos que componen una subcultura de la violencia habrá que tomar en cuenta algunos parámetros que permitan estimar a una agrupación como una subcultura de la violencia. Los caracteres se muestran a continuación conforme a las investigaciones de WOLFGANG y FERRACUTTI³²:

a) Ninguna subcultura puede divergir totalmente de la cultura de la que forma parte, ni tampoco contraponérsele en conflicto total. Esto quiere decir que la subcultura no ha de estar absolutamente separada del entorno de tal suerte que ambos habrán de convivir estrechamente, a pesar de las diferencias entre los códigos y normas de los que se encuentran impregnados cada uno de ellos³³.

²⁸ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 24-27. En el mismo sentido es considerado un origen referente al dios Pan, en Joan COROMINAS, *Breve diccionario etimológico de de la lengua castellana*, 3ª. edic. muy revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1983, pág. 437.

²⁹ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 169. Entendida la violencia como acción violenta o contra el natural modo de proceder, en *Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española*, 22ª. edic., tomo II, Madrid, 2005, pág. 2304.

³⁰ Lo mismo ha ocurrido a lo largo de la historia medieval y el supuesto ritualismo para acceder a ciertas agrupaciones de naturaleza demoníaca “Los teólogos distinguían dos tipos de pacto: el implícito, tácito o privado; y el explícito o solemne. En el primero se prometía lealtad al diablo de una forma indirecta, por mediación de otra persona que previamente hubiese establecido otro pacto; en el segundo se firmaba un contrato de forma pública por ejemplo en un aquelarre, estando la firma escrita con la sangre del nuevo siervo”, en Juan BLÁZQUEZ MIGUEL, *Eros y Tanatos. Brujería, hechicería y superstición en España*, Arcano, Toledo, 1989, pág. 95.

³¹ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 36-38.

³² Vid. WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., págs. 197-204.

³³ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 197.

b) Para dejar establecida la existencia de una subcultura de violencia no es preciso que los participantes aporten manifestaciones de violencia en todas las circunstancias. Esta es una cuestión de naturaleza temporal ya que no todo el tiempo el subsistema violento ha de desarrollar tales operaciones. Además el agotamiento que ello produciría en la propia estructura, conllevaría tarde o temprano a un anquilosamiento del propio sistema³⁴.

c) La violencia como recurso potencial, o la presteza para recurrir a ella en diversas situaciones, indica el grado de difusión y penetración de esta corriente cultural. Estamos ante un parámetro, ahora, de naturaleza cuantitativa, de tal suerte que la frecuencia con que sean ejecutados actos de violencia es un indicador del grado de penetración de la misma en el grupo³⁵. Con ello se hace patente que cada subcultura de la violencia ha de ser diferente en cuanto a la intensidad y ejercicio de la misma así como en su influjo hacia el mundo³⁶. Una muestra de ello son las organizaciones terroristas que aunque todas realizan acciones reprochables, jurídica y moralmente, también cada una actúa de forma distinta. Estimar el grado de mayor o menor violencia en la práctica resulta difícil de cuantificar, pero la idea es que dicha categoría, la subcultura, pueda arrojar mayor de claridad para los efectos de la presente investigación.

d) La afinidad subcultural con la violencia es compartible por todos los miembros de una subsociedad sin importar edades. Sin embargo, dicha solidaridad es más notoria entre los posteriores años de la adolescencia y hasta la edad mediana³⁷.

e) La contranorma es la abstención de la violencia. En caso que alguno de los individuos pertenecientes a la subcultura no cumpla con el papel que le es asignado, en otras palabras, no desarrolle debidamente cualitativa y cuantitativamente acciones de violencia, se hará acreedor a una reacción por parte del subsistema. En tal sentido, el infractor tendrá que soportar una sanción, misma que habrá de variar conforme a la responsabilidad del sujeto y al grado de penetración que haya alcanzado dentro de la subcultura³⁸. La “contranorma” expresa el carácter comunicativo del modelo de orientación que existe incluso dentro de contextos sociales que se desarrollan paralelamente al Estado de Derecho.

Bajo este contexto grupal se presenta un fenómeno de identidad y violencia. La posibilidad de poder identificarnos como miembros de algo, es de gran importancia para

³⁴ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 197.

³⁵ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 198.

³⁶ Cfr. Juan Antonio CARRILLO SALCEDO: “El terrorismo ha hecho un uso diabólico e incluso depravado de la globalización”, en “Foreword”, en Kalopi CHAINGLOU, Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Valeria EBOLI, Ana SALINAS DE FRÍAS, Mirko SOSSAI, y Rafael DOMINGO (dir.), *International terrorism and changes in international law*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 13.

³⁷ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 198. Las afirmaciones precedentes obviamente no pueden ser consideradas de manera absoluta. Lo que se busca expresar es que dentro de la subcultura violenta hay a su vez subgrupos de miembros que se identifican por la edad o por sexo. Cada sector asimila y administra de forma diferente la dosis de violencia que les ha de corresponder. Naturalmente hay segmentos en los que la violencia puede impregnarse con una mayor comodidad, por ejemplo entre la juventud.

³⁸ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 199.

los seres humanos³⁹ y en una subcultura han de reconocerse los miembros primordialmente por la implementación de acciones violentas. La violencia bajo estos contextos grupales transforma al ser humano de un ser multidimensional a una criatura unidimensional⁴⁰.

f) El desarrollo de actitudes favorables hacia la violencia y el ejercicio habitual de la misma dentro de las subculturas, implican por lo regular un aprendizaje del comportamiento y un proceso de asociación o identificación. Cada uno de los miembros de la subcultura ha de recibir y asimilar individualmente el influjo de la violencia. Bajo este contexto, cada sujeto actuará de forma relativamente diferenciada ya que ha aprendido y se habrá identificado con el fenómeno agresivo de una manera única e irreplicable. Igualmente así como la agresión se adquiere por condicionantes externos al sujeto, también se encuentra determinada por las características personales de cada individuo. Otra situación que se presenta es que el grupo experimenta identificación y simpatía con el agresor particular de acuerdo también al grado de la ira y hostilidad desarrolladas⁴¹.

g) Dentro de una subcultura, el recurso a la violencia no se considera necesariamente ilícito y quienes la emplean no tienen que confrontar sentimientos de culpabilidad por razón de sus agresiones. La utilización de la violencia queda institucionalizada como un método autocompositivo, por lo que su empleo se convierte en un estándar para la conducta de los miembros. Su aplicación no genera resentimiento moral⁴². Desde nuestro punto de vista, el ejercicio de la violencia dentro del subsistema es una forma de poder que subraya la estructura de expectativas que se encuentran vigentes dentro del mismo. Bajo este esquema la violencia es un comportamiento socialmente aceptado dentro del conglomerado, dando como resultado que la creación de expectativas no es un fenómeno privativo de los sistemas que se encuentran bajo el amparo del Estado de Derecho.

El origen de las subculturas violentas es una problemática que todavía no se encuentra siquiera medianamente explorada. Lo trascendental consiste en esclarecer el sistema normativo que forma parte de su estructura para después poder aplicar una metodología experimental de corte psicológicas o biológicas, comprobando cabalmente todas las hipótesis que se han creado alrededor del fenómeno en cuestión⁴³.

Sin duda alguna la temática de la subcultura de la violencia es sugerente y compleja; posee gran importancia para los tópicos que estamos explorando pero por el momento debemos regresar a nuestro tema central que es la referencia antropológica y temporal de los inicios del fenómeno terrorista.

³⁹ SEN Amartya, *Identity and violence. The illusion of destiny*, Norton Company, Estados Unidos, 2006, pág. 19.

⁴⁰ SEN Amartya, *Identity and violence*, op. cit., pág. 174.

⁴¹ “La agresividad, en sus manifestaciones físicas abiertas, continúa siendo criminológicamente el ángulo que resalta en el estudio de la conducta hostilizadoradora violenta”, en Marvin WOLFGANG E / Franco FERRACUTTI, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 200.

⁴² WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 199.

⁴³ WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, op. cit., pág. 204.

2. *El terror como fenómeno de dispersión desestabilizadora*

Hemos dicho que el terrorismo ha estado presente durante toda la historia de la humanidad a pesar de que el término no haya sido acuñado sino hasta el siglo XVIII. Las acciones terroristas suelen ser mentadas modernamente como sucesos catastróficos de alto impacto con un elevado costo en términos de víctimas. Sin embargo, algo tan cotidiano actualmente como un “murmullo popular” causó importantes desestabilizaciones en otras épocas. Para muestra basta mencionar la cuestión de “los rumores” durante la antigüedad en Europa y la manera en que jugaron un importante papel como vehículo comunicativo del terror. El fenómeno se expondrá brevemente a continuación.

Profanamente un rumor es una información cuya veracidad no ha sido comprobada al cien por ciento pero que resulta inquietante. Para la Real Academia Española, el término quiere decir “(v)oz que corre entre el público. Ruido confuso de voces. Ruido vago sordo y continuado”⁴⁴ (es importante subrayar como no se utiliza el término comunicación, sino ruido). La definición remite a situaciones tales como confusión, falta de claridad y esparcimiento de la información. Sin embargo, existe otra referencia que se aplica con mayor precisión al tema que nos encontramos explorando, dicha palabra es “bulo” que quiere decir “(n)oticia falsa propalada con algún fin”⁴⁵ y “propalar” significa “divulgar algo oculto”⁴⁶, de tal suerte que el bulo puede ser utilizado como conducto para difundir alguna noticia con intenciones maliciosas. Esta clase de fenómenos de esparcimiento informativo tuvo lugar particularmente durante la época de las persecuciones por parte de la iglesia en Europa.

Los bulos que corrían acusando especialmente a mujeres de practicar la brujería eran comunes, ya que se les asociaba con prácticas demoniacas de entregas carnales y pactos de sangre⁴⁷. Estas informaciones sirvieron para construir una atmósfera de tensión típica de la época de la cacería de brujas. El caso de la brujería sirve de forma muy ilustrativa para los propósitos de ejemplificar la propagación de la ignorancia, el miedo y un desenlace de consecuencias fatales que significaron la muerte de muchas personas. Las víctimas de la persecución fueron mayoritariamente mujeres que se dedicaban a la herbolaria y a la preparación de remedios para paliar la infinidad de padecimientos médicos de la época. No obstante el aparato represor inquisitorial de aquellos tiempos no veía nada de esto, sino que consideraba prácticamente todo lo no católico digno de procedimiento, y ello implicaba en la mayoría de las ocasiones, el uso de la tortura como medio para obtener la verdad que tarde o temprano culminaba con la muerte del torturado o en la confesión arrancada violentamente. El bulo sin una clara titularidad del emisor fue considerado como un vehículo desestabilizador a nivel de terror.

Lo referente a la brujería se remonta a tradiciones paganas más antiguas que la propia religión católica y los elementos que la integran, como un sistema, considerado paralelo al establecido por los poderes formales, no dejan de ser un fenómeno que

⁴⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 1997.

⁴⁵ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 365.

⁴⁶ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 1845.

⁴⁷ BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 21.

alimentado por actividades sexuales, aquelarres, íncubos etc., tiene un origen escolástico y es considerada como una actividad social plagada de supersticiones⁴⁸.

Es interesante subrayar el papel de las supersticiones que van de la mano con los bulos y rumores. Durante gran parte de la Edad Media los rumores-mismos que solían estar vinculados con el ejercicio de la sexualidad-propagaban el miedo tanto a lo desconocido como a la represión clerical. En aquella época la ciencia aún se encontraba en un estado primitivo e impregnado por la magia. En ese contexto cualquier innovación alquímica se consideraba profana y acusada de hechicería.

El miedo que generaban dichas actividades satanizadas por los poderes eclesiásticos construyó un motor eficaz para la generación de una sociedad amedrentada y por ende fácil de controlar. Episodios como la cacería de brujas⁴⁹ o la persecución y quema de LOS TEMPLARIOS por parte de Felipe EL HERMOSO, son la prueba histórica del poder del bulo. Los caballeros de la Orden del Temple⁵⁰ fueron acusados de llevar a cabo rituales secretos e incluso sodomía como parte de las ceremonias de iniciación, cuando en realidad desde su fundación fueron creados con la intención de salvaguardar la integridad de los peregrinos que se dirigían desde Europa hasta África para poder llegar a Tierra Santa. Una vez más el rumor y el temor hicieron desaparecer una orden de monjes guerreros que fueron autorizados por el propio papado⁵¹.

En cuanto a otro tipo de acontecimientos, despiertan interés los supuestos envenenamientos del agua llevados a cabo durante los años de la peste negra (1348-1350) que fueron atribuidos a judíos con la finalidad de exterminarlos a manos de los cristianos⁵². Ello se debía a que los judíos también poseían conocimientos sobre la herbolaria y el combate a las enfermedades, elementos que sirvieron para justificar su estigmatización⁵³.

La estigmatización precisamente, ha sido una forma para identificar aquello que no es agradable visualmente; un estigma es “una marca o señal en el cuerpo”⁵⁴, es un signo que objetivamente transmite algo que puede generar un abanico de sentimientos, desde alegría, hasta el terror profundo. Precisamente en este recorrido antropológico consideramos importante hacer una breve referencia a las máscaras y su simbología.

Sintéticamente, los rumores y su potencial lesivo dependen del contexto social en el que se desarrollen. En una sociedad mitificada como la medieval el poder destabilizador del bulo representó un vehículo idóneo para la dispersión del terror. No

⁴⁸ BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 28.

⁴⁹ Se considera que como un fenómeno unificado la persecución de la brujería se llevo a cabo en Europa durante los años 1450y 1750, citado por ANKARLOO / HENNINGSSEN, “*La brujería europea*”, en Juan BLÁZQUEZ MIGUEL, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 29.

⁵⁰ Institución fundada por Hugo DE PAYENS y Godofredo DE SAN OMAR en el año 1118, en A J FOREY, *The templars in the Corona de Aragón*, Publicaciones de la Universidad de Durham Oxford University Press, Londres, 1973, pág. 1.

⁵¹ GALERA GARCÍA, Antonio, *La verdadera historia de la orden del Templo de Jerusalén. A la luz de la documentación histórica*, EDAF, Madrid-México-Buenos Aires-San Juan-Santiago-Miami, 2008, págs. 24-25.

⁵² CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 44.

⁵³ BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos*, op. cit., págs. 115-120.

⁵⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 997.

obstante en la actualidad el miedo sigue teniendo una importante influencia en las masas, situación que es aprovechable por las modernas organizaciones terroristas.

3. *De máscaras y brujería*

Una máscara es un símbolo de identidad y ésta no es otra cosa que aquello singularmente diferenciado permanentemente⁵⁵. La máscara es un objeto poderoso que genera reverencia debido a lo que representa, especialmente en su utilización primitiva, la caracterización de algún dios⁵⁶. Si se observa, por ejemplo, a los aztecas, es posible apreciar la enorme cantidad de máscaras y atuendos que utilizaban los sacerdotes para representar a la deidad correspondiente al rito que se ejecutaba. Sin embargo, dicha representación no es meramente teatral sino real, donde la utilización de la máscara convierte a quien la lleva en el dios mismo⁵⁷. Esa es la cuestión que comunicativamente genera la máxima importancia de la máscara. Ésta embulle a quien la porta y lo convierte.

Posteriormente la máscara ya no sólo será representación máxima de la deidad sino que se desarrollará en contextos culturales más allá de lo religioso. Por ello han existido máscaras de humor, tristeza y también de terror⁵⁸. Estas últimas representan un mayor interés en este momento debido a que son una manifestación del interaccionismo simbólico. Somos lo que portamos. En otras palabras, somos lo que los demás ven en nosotros a través del etiquetamiento social⁵⁹. En este sentido los símbolos⁶⁰, cuando son portados por los seres humanos, cumplen una función transmisora de un mensaje, y el portador del símbolo ha de sentirse como aquello que transmite.

En el lenguaje de las máscaras estas potencialmente transmiten terror. Incluso en latín llamaban “larva” a aquellas máscaras que representaban a muertos y demonios, por lo que su uso en un momento de la historia fue condenado por las autoridades eclesiásticas⁶¹. En este contexto la careta que llevaba el portador generaba una desestabilización intolerable para la iglesia. El portador rompía el sistema de expectativas influenciado altamente por la religión.

Las máscaras no solamente han sido condenadas por su supuesta invocación al mal y por hacer alegoría de la muerte. Asimismo han sido utilizadas con fines de muy cuestionable licitud⁶². Es un escudo que oculta la identidad del portador y ello ha sido aprovechado como una herramienta antijurídica.

⁵⁵ LISÓN TOLOSANA, Carmelo, *Las máscaras*, Ariel, Barcelona, 1997, pág. 11.

⁵⁶ CAMPBELL, Joseph, *Las máscaras de dios. Mitología primitiva*, traducción de Isabel CARDONA, Alianza Editorial, Madrid, 1996, pág. 41.

⁵⁷ CAMPBELL, Joseph, *Las máscaras de dios*, op. cit., pág. 41.

⁵⁸ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 57-58.

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Temis, Bogotá, 1990, págs. 44-45.

⁶⁰ Es importante hacer la diferenciación entre símbolo y signo conforme a las máximas autoridades en materia de lenguaje español: Símbolo “representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocian con esta por una convención socialmente aceptada” y Signo “objeto, fenómeno o acción material que, por naturaleza o convención, representa o sustituye a otro”, en *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., págs. 2061 y 2066.

⁶¹ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 59-60.

⁶² CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 61.

Como se mencionó, en la antigüedad la máscara substituía al portador. En el presente lo cubre, lo oculta a los ojos de los demás, y al mismo tiempo emite un mensaje, una señal de desconfianza y de temor. El efecto es la clave de su utilización en cualquier subcultura que se rija por modelos de orientación de naturaleza violenta y eso es precisamente lo que persigue el terrorismo. En la actualidad el uso de pasamontañas, máscaras o tatuajes en el rostro, no sólo son útiles para el ocultamiento del portador, sino que también se emplean para amedrentar al observador e identificar la máscara con una ideología determinada. De esta manera un sujeto vestido de negro y encapuchado genera temor. Prácticamente de forma automática remite a algo por lo menos de dudosa juridicidad. No es nada extraño que los miembros que forman parte del terrorismo organizado hagan uso frecuente de máscaras que oculten su identidad. En este sentido la ocultación de la identidad al mismo tiempo sirve como elemento de reconocimiento entre los miembros y hacia la sociedad.

El terrorismo cuando se lleva a cabo de manera organizada ha de desarrollar un sistema normativo que habrá de constituir el esqueleto ideológico de la misma. Dicha construcción será la columna vertebral de la organización. En otros aspectos la cuestión de la máscara y su significado utilitario en el seno de una organización criminal es evidente. Cada uno de los participantes ha de emplearla al entrar en acción o emitir algún comunicado periodístico. La función de la misma busca el ocultamiento para evitar posibles identificaciones de los sujetos tanto de las fuerzas de seguridad del Estado como de agrupaciones rivales. Sin embargo, la máscara cumple una función comunicativamente mucho más relevante, que es la de transmitir miedo. Aunado a ello hay que subrayar que cuando el portador se coloca la máscara, modifica su conducta actuando como aquello que representa el disfraz.

No obstante, existe otro aspecto del ocultamiento que no tiene una carga negativa necesariamente. No todo aquello que es secreto o discreto quiere decir que esconda algo repudiable. A pesar de ello esa falta de “estar a la luz” siempre generará especulaciones y sobre todo estigmatizaciones alimentadas por la ignorancia. El hecho de que un paisaje no se pueda mirar con claridad no quiere decir que sea un lugar arruinado o violento. Esta situación se ha presentado con las agrupaciones discretas y secretas que también han contribuido para el mejoramiento de la vida del ser humano⁶³. En múltiples ocasiones, se han cometido enormes injusticias a causa de la ignorancia de los poderosos que han juzgado de forma incorrecta las acciones de personas y agrupaciones que no debían de haber sido sacrificadas.

La cuestión del miedo y la creación del terror pueden ser abordados desde múltiples puntos de vista⁶⁴. Así las cosas, cada una de las disciplinas que exploren el tema arrojará un resultado a través de un prisma diferente que requería ser complementado con los demás. Una vez hecho eso se estará en posibilidades de dar un concepto integral del fenómeno. Además de ello hay que considerar una dificultad extra consistente en que el miedo y la máscara se encuentran rodeados de una malva de misticismo y evidente simbolismo, elementos que son aprovechados por el terrorismo organizado como una herramienta desestabilizadora.

⁶³ “Tal ocurrió con los masones sobre todo y también con otras sociedades similares, como la de los carbonarios y otras que se multiplicaron en el siglo XIX. Lo que se ha escrito de tales sociedades es mucho y en gran parte bastante sospechoso de exagerado de un lado u otro”, en Julio CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 79.

⁶⁴ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 81.

Un ejemplo de ello es la figura del mago, porque en cada una de las diferentes culturas que han poblado la tierra, es considerado como icono de libertad, un hombre virtuoso⁶⁵ que se distingue de los demás. Asimismo en España se llegó a distinguir la brujería de la hechicería, aunque en un principio suene complicado encontrar alguna diferencia. La brujería se desarrolla fundamentalmente en el ámbito rural, recibiendo la bruja poderes provenientes de fuerzas ocultas presumiendo que los utiliza con fines abyectos, las brujas participan en los llamados aquelarres y se caracterizan por cometer actos de barbarie⁶⁶. El aquelarre se integra por un grupo de brujas que comparten un ritualismo determinado. Esta clase de reuniones fueron sancionadas enérgicamente por el SANTO OFICIO⁶⁷. De esta manera, la pluralidad de intervinientes en una ceremonia herética demostraba un incremento en su peligrosidad. En el mismo sentido una estructura organizada de infieles hubiese transmitido un mensaje desestabilizador contundente ante los ojos de las autoridades.

La hechicera, por otra parte, actúa en las ciudades y no tiene contactos con el demonio, sino que se dedica a asuntos amorosos a través de conjuros que se van transmitiendo de manera generacional, no acude a aquelarres ni utiliza sus sortilegios para hacer el mal sino para todo lo contrario; a pesar de ello estas mujeres eran consideradas como un foco de miedo entre los vecinos de los lugares por donde solían deambular, cantando y bailando⁶⁸.

En este trabajo, cuando se han hecho referencias sobre hechicería y sobre todo de brujería, como un fenómeno que generó terror en la antigüedad y que hoy sigue siendo objeto de interés para los ocultistas, nos hemos referido a ello como una cuestión mayoritariamente femenina, porque así fue, y ello no quiere decir que no haya existido participación masculina. Esto se debe a que durante la época de las grandes persecuciones, a la mujer se le tachó de tratar con el diablo así como de participar en cualquier clase de artes reprobables que constituían una amenaza para la iglesia y cuando poseían algún tipo de conocimiento curanderil, ello subrayaba su enemistad a lo sagrado⁶⁹. Se les consideraba como una especie de conspiradoras universales contra el proyecto de los gobiernos terrenales, es decir, como fuente de temor para los poderosos de aquellos años⁷⁰.

Pero es hora de preguntarnos si, a pesar de los poderes de la iglesia, desde el Vaticano mismo hasta los pequeños monasterio rurales, existía alguna posibilidad de que su existencia se viera amenazada como efectivamente se pensaba. El temor era generado por parte de estas mujeres que poseían una vida alternativa al *stablishment* de la época. La naturaleza del miedo que se les tenía es de tipo irracional y carente de

⁶⁵ BARRET, William, *Irrational man. A study in existencial philosophy*, Heinemann, Gran Bretaña, 1960, pág. 114.

⁶⁶ BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 249.

⁶⁷ “Se estima que 500,000 personas fueron declaradas culpables de brujería y murieron quemadas en Europa, entre los siglos XV y XVII. Sus crímenes: un pacto con el diablo; viajes por el aire hasta grandes distancias montadas en escobas; reunión ilegal en aquelarres, adoración al diablo, besar al diablo bajo la cola; copulación con íncubos, diablos masculinos dotados de penes fríos como el hiel; copulación con súcubos, diablos femeninos”, en Marvin HARRIS, *Vacas, credos, guerras y brujas. Los enigmas de la cultura*, traducción de Juan OLIVER SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 181.

⁶⁸ BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 249.

⁶⁹ KRAMER, Heinrich / SPENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum. El martillo de los brujos. El libro infame de la inquisición*, traducción de Edgardo D ELIO, Editorial Círculo Latino, Barcelona, 2005, pág. 25.

⁷⁰ KRAMER, Heinrich / SPENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum*, op. cit., pág. 26.

pruebas. Conforme a la doctrina de mayor especialización en el tema, aún no existe una evidencia clara de los supuestos poderes que les atribuían a estas mujeres⁷¹. Incluso no se sabe a ciencia cierta cuántas de ellas se reconocían a sí mismas como brujas y quienes lo hacían, frecuentemente llevaban a cabo dicho autoreconocimiento a punta de espada o mediante tortura⁷².

La brujería no permaneció estática para los ojos de los inquisidores, sino que para ellos el problema evolucionó hacia modalidades más aterradoras y peligrosas. Ejemplo de ello es que las brujas ya no sólo se reunían en aquelarres, sino que acudían a ellos mediante la utilización de escobas voladoras. La brujería en un principio sólo fue considerada crimen pero no se configuraba como una actividad herética, por lo que escapaba aparentemente de la jurisdicción del Santo Oficio, hasta que la situación fue modificada y comenzaron los procesos inquisitoriales contra las brujas, utilizando como principal argumento el hecho de que la persecución y descubrimiento de aquelarres sacarían a la luz toda una extensa y poderosa red de conspiradoras⁷³. Así las cosas, en aquellos años de la Europa obscurantista, el terror infundado, supersticioso y mágico corría como un reguero de pólvora.

Para concluir este tema, es importante mencionar aquellas categorías de sujetos ante quienes los malignos poderes de las brujas no surtían ningún tipo de efecto. Conforme al gran manual del inquisidor, el llamado *Malleus Maleficarum*, dichas categorías eran las siguientes⁷⁴ :

- a) Aquellos sujetos que las enjuician públicamente o en cualquier condición
- b) Los hombres que realizan exorcismos y demás trabajadores purificadores mediante la utilización de agua bendita y otros santos elementos
- c) Aquellos que por diversas y santas vías son bendecidos por los ángeles

Bajo este esquema así como los cargos que se imputaban a la tan poco clarificada brujería eran absolutamente vagos y carentes de una verdadera comprobación empírica y científica, también aquellos sujetos inmunes se encuentran plagados de imprecisiones acerca de sus atributos y características que justifican su inmunidad.

Esto pone de manifiesto que, en la época de las grandes persecuciones de las brujas, lo único real era el ambiente de terror que reinaba en la época. La verdadera fuente de miedo provenía de los bulos y leyendas urbanas difícilmente constatables. Lo único que ese miedo irracional estableció de manera contundente fueron las injusticias, discriminaciones, torturas y muertes que dejó a su paso el terror medieval.

Históricamente el terror de las brujas coincide con los grandes cambios que se dan en Europa durante los siglos XVI y XVII que fueron los últimos tiempos de la era cristiana. El feudalismo comenzaba a agotarse para dar paso al nuevo esquema monárquico nacional. A medida que la sociedad iba evolucionando no faltó tiempo para

⁷¹ KRAMER, Heinrich / SPENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum*, op. cit., pág. 27.

⁷² HARRIS, Marvin, *Los enigmas de la cultura*, op. cit., pág.182.

⁷³ HARRIS, Marvin, *Los enigmas de la cultura*, op. cit., pág. 189.

⁷⁴ KRAMER, Heinrich / SPENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum*, op. cit., págs. 204-205.

que se generara una nueva fuente de terror basada en la segunda venida de JESUCRISTO⁷⁵.

Conforme la civilización se fue desarrollando y el mundo se desmitificaba, el poder del demonio y las brujas comenzó a perder importancia. A pesar de que revolucionarios, intelectuales, artistas, y demás siempre han sido tachados de oscuros y despreciables, ellos fueron motores pensantes de las revoluciones y cambios de paradigma a lo largo de la historia. El proceso evolutivo ya era inevitable y con ello la desmitificación de la cultura para dar paso a la alquimia y posteriormente a la ciencia.

La inquisición, como una ramificación de los poderes jerárquicos y particularmente como brazo ejecutor y persecutor de la iglesia, estuvo presente en España hasta el año de 1820 en el que desaparecería para siempre⁷⁶. La institución eclesiástica se caracterizó, también, por la prohibición de ciertos libros, generando un terror incluso a nivel de publicaciones. Ejemplo de ello es la prohibición que pesó sobre el tratado de los delitos y las penas de BECCARIA como lo señala TORÍO LÓPEZ⁷⁷. El mismo autor estima que el tratado abre la ventana a un cambio en el paradigma político criminal alejándolo de la influencia teológica⁷⁸. Con el auge del constitucionalismo y la revolución francesa que cambiaría el paradigma político y jurídico del mundo para siempre, la institución terminaría por ser obsoleta. El brazo sancionador de la iglesia fue generador de terror y de desestabilización durante todo el tiempo que estuvo vigente.

4. *Bandolerismo y anarquismo*

A partir de los inicios del siglo XIX en España se desarrolla abundantemente el fenómeno del “bandolerismo” que llegó a ser considerado por la literatura como una plaga⁷⁹. En Andalucía el fenómeno se desarrolló rápidamente⁸⁰, incluso se le atribuye a la propia geografía de la región el hecho de facilitar el escape y la defensa por parte de bandoleros y secuestradores⁸¹. También los parajes de la zona permitían que la víctima fuese más asequible para los atacantes. Una razón que explica el fenómeno radica en que la población se encontraba en conglomerados aislados que estaban separados por distancias importantes, lo cual facilitaba la ejecución de los ataques⁸². Las cuestiones relativas a las estrategias para acechar a las víctimas es una característica típica de los grupos terroristas. Asimismo otro ingrediente que se debe añadir a estos hechos es que la impunidad en Andalucía, fomentada por la oligarquía constitucional, permitía una falta de aplicación de la Ley considerable contra los malhechores⁸³. La problemática del

⁷⁵ HARRIS, Marvin, *Los enigmas de la cultura*, op. cit., pág. 194-195.

⁷⁶ ALONSO TEJEDA, Luis, *El ocaso de la inquisición. En los últimos años del reinado de Fernando VII. Juntas de fe, juntas apostólicas, conspiraciones realistas*, Zero, Madrid, 1969, pág. 17.

⁷⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Beccaria y la inquisición española”, en *ADPCP*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 24, Fascículo II, Madrid, 1971, pág. 394.

⁷⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La pena de muerte: problemática histórica y contemporánea”, en Juan CHURRUCA (dir.), *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 38/2, 2ª época, Fascículo 85, Bilbao, 1990, pág. 571.

⁷⁹ CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, op. cit., págs. 133-134.

⁸⁰ “Eran con frecuencia gitanos y vagabundos y andrajosos; se escudaban en la nocturnidad y fiaban en su superioridad numérica” en Julio CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág. 136.

⁸¹ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la baja Andalucía*, Establecimiento tipográfico de Fortanet impresor de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1912, pág. 11.

⁸² BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág. 12.

⁸³ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág. 17.

bandolerismo llegó a ser estimada como un verdadero drama en el centro de Andalucía⁸⁴.

Los hechos delictivos perpetrados por los bandoleros se traducían en acciones que comprendían desde el robo de semovientes hasta el secuestro con la solicitud de su correspondiente rescate⁸⁵. Con estos elementos es posible comprender las problemáticas condiciones desestabilizadoras a las que se enfrentaron los andaluces en aquellos años. El secuestro fue especialmente una fuente importante de terror e inseguridad. La sociedad se vio influenciada por el bandolerismo a tal grado que impactó hasta la literatura popular, dando como resultado el fenómeno de la picaresca⁸⁶.

Fuera del carácter anecdótico que pudo derivar de ciertos hechos o aventuras de criminalidad menor, el bandolerismo infundió graves daños a las personas y a la sociedad. Ello se debió a que los bandoleros actuaban como una organización criminal que pronto desbordó la capacidad la autoridad⁸⁷. Cuando un fenómeno delictivo adquiere una estructura organizada, su nivel perturbador aumenta considerablemente. La situación se ve reflejada en la literatura especializada cuando se hacen referencias a los momentos de gran desasosiego sufrido como “(l)o suministra la increíble alarma de la provincia de Córdoba en aquellos azarosos días, en que el bandolerismo triunfante parecía haber arrollado por completo los resortes más eficaces de la autoridad y del Gobierno”⁸⁸.

En el año de 1911, el bandolerismo en el sur de España fue erradicado casi por completo⁸⁹. No obstante el tema ofrece algunos elementos interesantes como fenómeno generador de terror hacia la población. Estos grupos de delincuentes poseían un potencial de amedrentamiento importante tomando en cuenta las condiciones económicas y urbanas de la época. Sin embargo, de manera paralela, desde mediados del siglo XIX en España se comenzó a gestar un fenómeno con características notablemente diferentes. En este sentido, una ideología radical y verdaderamente amenazadora preparaba nuevos acontecimientos delictivos de gran envergadura. Estos elementos en conjunto dieron cuerpo al fenómeno del anarquismo.

La génesis de la anarquía⁹⁰ española comienza con las organizaciones obreras a través de la llamada Asociación Internacional de Trabajadores en 1833 aunque según BERNALDO DE QUIRÓS, el origen se remonta hasta 1823. Ello través de la llamada doctrina de FOURIER que se expandió por Cádiz. En 1874 la asociación es disuelta por decreto del poder ejecutivo con resultados adversos a la orden, naturalmente⁹¹ El golpe a la asociación no hizo nada más que fragmentarla y generar escarnio que derivó en el inicio de actividades criminales como incendios, daños a cultivos y animales con un

⁸⁴ MORET Y PRENDERGAST, Segismundo, “Prólogo”, en Julián DE ZUGASTI, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas. Introducción*, tomo I, 3ª. edic., Imprenta de T. Fortanet, Madrid, 1876, pág. XLVIII.

⁸⁵ MORET Y PRENDERGAST, Segismundo “Prólogo”, op. cit., pág. LII.

⁸⁶ MORET Y PRENDERGAST, Segismundo, “Prólogo”, op. cit., pág. LXI.

⁸⁷ DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, op. cit., pág. 2.

⁸⁸ DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo*, op. cit., pág. 125.

⁸⁹ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág. 30.

⁹⁰ Anarquía se refiere a una situación carente de mando y control, en Julio CARO BAROJA, *Terror y terrorismo*, op. cit., pág.161.

⁹¹ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág. 34.

elevado impacto en la población andaluza⁹². A la disolución de la asociación se le suma el hecho de la toma de conciencia acerca de la enorme desigualdad social que existía en la región, lo cual generó una clara rivalidad entre pobres y ricos que derivó en la conformación de una asociación de corte anarquista denominada la mano negra en 1882⁹³.

El Estado reaccionó de manera contundente persiguiendo, deteniendo y enjuiciando a muchos miembros de la temida organización lo cual le dio fama por todo el país presentándose particulares eventualidades como la llegada de anarquistas de otras zonas del territorio español⁹⁴. La situación comenzó a ponerse aún más grave cuando se buscó crear un bastión anarquista en Jerez generando una serie de movilizaciones y turbas por ese territorio dejando a su paso desolación y muerte⁹⁵.

El fenómeno del anarquismo como génesis del terrorismo es difícil de abordar. La complejidad radica en que las acciones anarquistas se encuentran revestidas de una serie de factores de múltiple naturaleza ideológica. El propio fenómeno suele estar asociado con el sindicalismo debido a la naturaleza gremial y rebelde que representa el anarquismo. Estos grupos de trabajadores siempre han sido el caldo de cultivo para el comienzo de movimientos populares en la época contemporánea. No obstante, el anarquismo español que se desarrolló durante el último tercio del siglo XIX buscó el apoyo popular de manera separada con respecto a los sindicatos⁹⁶. El movimiento anarquista de aquella época se caracterizó por su confianza en las causas populares como fundamento de la justicia por la que se luchaba y por la publicidad que se daba a los ideales a través de la propaganda⁹⁷.

El tema de la propaganda es importante, debido al sentido comunicativo directo que posee la información que se difunde al robustecer la negación de la norma. Esta situación también se atribuye al terrorismo. Conforme a dicha temática consideramos lo siguiente: en cuanto a la propaganda violenta, se refiere a la utilización de los medios de comunicación como vehículos de publicidad terrorista, ya no desde la perspectiva sistémica y normativa, sino ahora, desde el punto de vista del empleo fáctico y cotidiano de cualquier medio de comunicación.

Es de máxima importancia establecer que el binomio anarquismo-terrorismo no fue el común denominador de este tipo de movimientos sociales. Lo que sucedió fue que excepcionalmente el terrorismo fue utilizado como herramienta de protesta. La razón se debió a que una de las bases ideológicas del anarquismo utópico aboga por un mundo más justo, en paz y armonía⁹⁸. Este tipo de argumentaciones son cuestionables

⁹² BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág.34.

⁹³ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., pág. 35.

⁹⁴ Particular importancia tuvo la zona de Jerez de la Frontera como bastión de la mano negra y como centro importante de gestación del movimiento anarquista, en Constancio BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, *Bandolerismo*, op. cit., págs. 42-44.

⁹⁵ BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo*, op. cit., págs. 44-46.

⁹⁶ LÓPEZ ESTUDILLO, Antonio, "El anarquismo español decimonónico", en Ramón VILLARES PAZ, (dir.), *A ayer. El anarquismo español plantea el análisis de un movimiento heterogéneo y diverso, cuya historia, inconclusa todavía, es, paradójicamente, uno de los temas que más atención ha despertado en nuestra historia reciente*. Revista de historia contemporánea, núm. 45, Asociación de Historia Contemporánea, Marcial Pons Ediciones de Historia, S.A., Madrid, 2002, págs. 73-74.

⁹⁷ LÓPEZ ESTUDILLO, Antonio, "El anarquismo", op. cit., pág. 75.

⁹⁸ ÁLVAREZ JUNCO, José, *La ideología Política del anarquismo español:(1868-1910)*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1976, pág. 483.

porque se orientan hacia una legitimación o justificación de la violencia como medio de solución de diferencias sociales. El uso del terrorismo se justifica para llegar a la paz. La contradicción es flagrante puesto que se usa violencia para generar paz, o violencia para alcanzar la no violencia.

En 1873 debido a la represión de las organizaciones, se gesta la idea de la utilización de atentados terroristas⁹⁹. Ello como vehículo de comunicación idónea. En el año de 1876, se crean los primeros comandos de acción violenta¹⁰⁰. Cabe mencionar que las dos zonas de España donde tuvo su mayor desarrollo el anarquismo violento fueron Barcelona y Andalucía. Ambas regiones no estuvieron libres de disputas entre anarquistas de uno u otro bando. La situación se presentó porque el ala perteneciente a Barcelona era de un corte más moderado e institucional, mientras que los andaluces tenían la idea de un cambio social práctico donde la opción de la violencia era considerada con mayor seriedad¹⁰¹.

Será a partir de 1890 cuando comienza formalmente la actividad anarquista-terrorista en España siendo 1893 el año en que se lleva a cabo el primer atentado¹⁰². El gobierno español reaccionó elaborando dos cuerpos legislativos para el combate del terrorismo que son conocidos por la doctrina como Las Leyes de 1894 y 1896. La motivación legislativa se fundamentó en un inicio en el combate a la violencia anarquista. No obstante en los tipos correspondientes, las redacciones contenían disposiciones sobre la utilización de determinados objetos y demás herramientas, sin hacer referencia a las organizaciones, ni a ningún elemento subjetivo del injusto, a diferencia de las modernas legislaciones, este fenómeno se dio específicamente en el cuerpo normativo de 1894¹⁰³. Por lo que respecta a la Ley de 1896, contenía disposiciones que sancionaban publicaciones y centros de reunión anarquista, cuerpo normativo que estuvo vigente sólo durante tres años¹⁰⁴.

En el siglo XX, la ideología influenciada por el nihilismo¹⁰⁵ y demás corrientes generaron un aumento considerable de atentados¹⁰⁶. Un hecho muy significativo en la historia del terrorismo español se presenta en contra de ALFONSO XIII en los primeros años del siglo XX, concretamente en 1905 cuando un agente infiltrado en los círculos terrorista-anarquistas de españoles refugiados en Francia, informó sobre los serios

⁹⁹ ÁLVAREZ JUNCO, José, *La ideología Política del*, op. cit., pág. 486.

¹⁰⁰ ÁLVAREZ JUNCO, José, *La ideología Política del*, op. cit., pág. 488.

¹⁰¹ ÁLVAREZ JUNCO, José, *La ideología Política del*, op. cit., págs. 490-492.

¹⁰² “En septiembre de 1893, como respuesta a la represión de Jerez, Paulino PALLÁS atentó, sin éxito, contra la vida de MARTÍNEZ CAMPOS, por lo que fue ejecutado. Pretendiendo vengarle Santiago SALVADOR arrojó dos bombas al patio de butacas del teatro liceo, de Barcelona, causando veinte víctimas y logrando escapar a continuación. Una represión incontrolada se abatió sobre los círculos anarquistas y se logró hallar a cinco culpables.”, en José ÁLVAREZ JUNCO, *La ideología Política del*, op. cit., pág. 496.

¹⁰³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, págs. 105-106.

¹⁰⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 111.

¹⁰⁵ NIETZSCHE manifiesta ideológicamente una concepción de la libertad centrada en el yo, en el hacer lo que a uno le plazca sin importar si con ello he de generar un daño a los demás, en Henri ARVON, *El anarquismo en el siglo XX*, traducción de Ana GOLDAR, Taurus, Madrid, 1979, pág.87.

¹⁰⁶ “Entre 1904 y 1906 la ola terrorista se recruce con tres atentados célebres: el fallido de Joaquín Miguel ARTAL contra MAURA, presidente del Consejo de Ministros, en respuesta a la actuación policial en Alcalá del Valle; las extrañas bombas de la Rambla de las Flores y la calle de FERNANDO, en Barcelona, 1905 aparentemente inmotivadas; y el explosivo lanzado por Mateo MORRAL contra la comitiva regia con ocasión de la boda de ALFONSO XIII (...)”, en José ÁLVAREZ JUNCO, *La ideología Política del*, op. cit., pág.498.

planes de atentar contra la vida del rey, dicho acontecimiento además poseía un sentido comunicativo de gran importancia ya que al ejecutarse representaría una señal para el inicio de levantamientos en Madrid, Barcelona, Valencia y Cádiz¹⁰⁷. El atentado contra altos miembros de las dirigencias estatales son los de mayor valor para los atacantes gracias a que estos han de encarnar al Estado mismo y al sistema político¹⁰⁸. Será a través de la pena que se combatirá impositivamente el atentado. Aunque resulte lamentable tener que controlar el crimen por medio de un choque entre las fuerzas socialmente aceptadas y las repudiadas sin que el delito llegue a ser erradicado sino solamente sojuzgado¹⁰⁹.

B) Sobre el concepto de terrorismo

Hasta ahora hemos abordado la problemática del terrorismo desde la óptica antropológica. Asimismo ya no es posible avanzar sin aproximarse al tema relativo a su conceptualización, que como suele suceder, no es tarea sencilla y la doctrina tampoco es uniforme en todos los sentidos. Las distintas definiciones que se han elaborado sobre el fenómeno suelen tener elementos comunes. Sin embargo, la orientación que se le da al tema es lo que varía. No es viable estimar que son idénticos un atentado individual que el ejecutado en el seno de una organización terrorista. Tampoco es lo mismo llevar a cabo un análisis desde el prisma de la sociología que conforme a los estudios de psicológica del terrorismo. Las opiniones son tan distintas como interesantes pero naturalmente no es posible exponer la totalidad de las mismas ya que una labor de esa naturaleza rebasaría los límites de la presente investigación. La doctrina norteamericana estima que se han acuñado al menos 109 definiciones sobre lo que significa terrorismo¹¹⁰.

Después de los atentados del 11-S en Nueva York el mundo occidental inició una nueva etapa en la lucha contra el terrorismo de tal suerte que la Unión Europea, por medio de la Decisión Marco de 13 de junio de 2002, unificó su concepto de terrorismo por primera vez en la historia¹¹¹. De conformidad con el citado instrumento en su Artículo 1 se establece una definición extensiva de terrorismo que comprende: intimidar gravemente a una población, obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o abstenerse de hacerlo, o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional, atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte, atentados graves contra la integridad física de una persona, secuestro o toma de rehenes, destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas

¹⁰⁷ Archivo de la prefectura de policía de París, Ba 1319, 28 de marzo de 1905, citado por Juan AVILÉS, “Contra Alfonso XII”, en Juan AVILÉS / Ángel HERRERÍN, *El nacimiento del terrorismo en occidente*, Siglo XXI, Madrid, 2008, pág. 144.

¹⁰⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006, pág. 241.

¹⁰⁹ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, tomo VI 1941/1955, Taurus, Madrid, 2006, pág. 103.

¹¹⁰ DUFFY, Helen, *The “war on terror” and the Framework of international Law*, Cambridge University Press, Estados Unidos de Norte América, reimpresión 2007, pág. 18.

¹¹¹ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *Die strafrechtliche Behandlung des Terrorismus im spanischen Strafgesetzbuch von 1995*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt, 2007, pág. 79.

humanas o producir un gran perjuicio económico, apoderamiento ilícito de aeronaves y buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías, fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministros o utilización de armas de fuego explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y o químicas, liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas, y amenazar con llevar a cabo cualquiera de las acciones anteriores¹¹².

Se ha resaltado que el terrorismo implica la “(...) valoración negativa de la violencia en la acción política (...)”¹¹³. “En términos generales, lo que concebimos como terrorismo implica el uso o la amenaza de violencia como medio para alcanzar algún tipo de efecto dentro de un contexto político. Esta definición es muy general, pero indica el consenso más amplio (y aceptable) al que podemos llegar sobre qué es el terrorismo; cuando intentamos ir más allá de esta descripción, surgen problemas”¹¹⁴. El concepto resulta demasiado amplio y rechazable desde una perspectiva penal, debido a que abarca prácticamente cualquier acto criminal. Para REGÀS, el terrorismo es “que una minoría pretenda imponer sus ideas por la fuerza de las bombas a una mayoría sin ellas”¹¹⁵. Para GARCÍA SAN PEDRO el concepto constituye “un término que surge para denominar una determinada forma de ejercer la violencia relacionada con la producción del terror, entendiendo este no en un sentido técnico-psicológico, como una emoción concreta dentro del espectro de la escala tímérica, sino en el más amplio de alarma, temor o inseguridad”. Este esquema, que se antoja orientado hacia la producción de un estado de zozobra y miedo entre la población, es suscrito por gran parte de la doctrina, es decir, que dicho enfoque es ampliamente aceptado por la literatura especializada¹¹⁶.

NSEFUM estima que en síntesis el terrorismo ha de contener los siguientes elementos¹¹⁷:

- a) Un acto inicialmente criminal
- b) El empleo de la violencia, de medios capaces de crear un peligro común
- c) Un móvil consistente en la creación de un estado de alarma
- d) Un fin último, que aunque no se señale expresamente por ninguna de estas definiciones, se supone ha de ser político

¹¹² Vid. *Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo*, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 22 de junio de 2002.

¹¹³ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma Política y Derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, Colección de temas constitucionales núm. 6, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, pág. 158.

¹¹⁴ HORGAN, John, *Psicología del terrorismo. Cómo y por qué alguien se convierte en terrorista*, traducción de Joan TRUJILLO PARRA, Editorial Gedisa, Barcelona, 2009, pág. 25.

¹¹⁵ REGÀS, Rosa “Prólogo”, en Patxo UNZUETA, *El terrorismo. ETA y el problema vasco*, Ediciones Destino, Barcelona, 1997, pág. 10.

¹¹⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 36.

¹¹⁷ NSEFUM, Ebile, *El delito de terrorismo su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985, pág. 46.

LAMARCA PÉREZ considera al terrorismo, más que un delito político, como un delito dirigido hacia una finalidad política: “Es evidente que no existe dificultad en sostener la necesidad conceptual de incluir la finalidad política entre los elementos caracterizadores del terrorismo”¹¹⁸ y más adelante afirma nuevamente que el delito de terrorismo se caracteriza por el elemento “finalidad política”, situación que lo diferencia de otras conductas semejantes¹¹⁹.

El delito político se vincula con ataques anarquistas en contra de iconos sociales como una muestra de parricidio que reside en fondo de la conciencia¹²⁰.

En cuanto a los elementos que caracterizan a los terroristas que buscan alcanzar dicha finalidad política, bajo la perspectiva de algunos autores, son fanáticos a tal extremo que carece de sentido la ideología terrorista¹²¹. También se estima que con sus acciones se persiguen objetivos de empoderamiento modificando el sistema establecido¹²². Sin embargo, tales afirmaciones se contradicen en ambas citas que son prácticamente consecutivas. Esto se debe a que en la primera se señala que el terrorismo, es un fenómeno carente de sentido la totalidad de las veces y la segunda cita refiere que la finalidad del terrorismo es el poder político. Si esto es así, entonces el terrorismo no es superfluo en cuanto a su contenido, sino que, por el contrario, tiene un enorme sentido comunicativo negador de la realidad normativa aceptada por todos los integrantes de la sociedad. Naturalmente ello ha de traducirse en la consecución de fines políticos concretos. Los terroristas no son pandilleros que hacen cócteles caseros, sino que conforman estructuras jerarquizadas con una ideología radical y que no se preocupan más que por los intereses grupales, de ahí su peligrosidad criminal.

Desde la perspectiva normativista, el terrorista al llevar a cabo su hacer delictivo con miras hacia el poder político genera una comunicación relevante-defectuosa de tal nivel que deberá ser combatido con medios penales especiales. El sentido comunicativo defectuoso de la actividad terrorista es manifiesto. Para LAMARCA PÉREZ “la violencia terrorista (...) puede presentarse también como un fin en sí misma, como un acto simbólico con valor revolucionario (...)”¹²³.

El terrorismo es un fenómeno violento, organizado, sistematizado que persigue objetivos de naturaleza política, donde el uso de la violencia será cuidadosamente planificado, y la organización se regirá bajo una ideología orientada hacia la vulneración del orden constitucional establecido¹²⁴. Las víctimas del terrorismo, entonces, desconocen que se encuentran inmersas en un profundo problema político¹²⁵.

La doctrina en México confunde el delito político con el perseguido político. En este sentido CARRILLO FLORES estima que “(c)uando una persona es perseguida por sus

¹¹⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 82.

¹¹⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 83.

¹²⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Psicoanálisis criminal*, 6ª. edic., Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 21.

¹²¹ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Ediciones Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 2005, pág. 17.

¹²² MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 18.

¹²³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 90.

¹²⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 95.

¹²⁵ AVILÉS Manuel, *Criminalidad organizada: los movimientos terroristas*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004, págs. 319-320.

ideas o actividades políticas sin que medie acusación ante la autoridad judicial competente por ningún hecho delictuoso, sin duda se trata de un perseguido político. Más difícil es definir a falta de una disposición legal qué se entiende por delito político. Inclusive es posible que la opinión doctrinal o teórica discrepe de lo que la legislación o la jurisprudencia de un país consideran como delito político”¹²⁶. En el trabajo donde se cita a CARRILLO FLORES el autor GÓMEZ ROBLEDÓ menciona a pie de página que la Suprema Corte de Justicia de México emitió un pronunciamiento en el cual se considera delito político aquel que se comete contra el Estado, y si bien no arroja ninguna luz ni posicionamiento claro acerca del terrorismo como delito político señala que los elementos que debe poseer la actividad terrorista deben ser los siguientes¹²⁷:

1. La consumación de ciertos actos de violencia de naturaleza a provocar muertes indiscriminadamente, o causar daños corporales graves
2. Un proyecto individual o colectivo tendiente a perpetrar dichos actos
3. Crear el terror en el seno de personalidades determinadas, grupos de personas, o más ampliamente, dentro del público en general

Si bien el investigador mexicano no aporta nada concreto por lo que respecta a los elementos que debe poseer la actividad terrorista, vale la pena analizarlos puntualmente: al referirse a la consumación de ciertos actos de violencia dirigidos a provocar muertes indiscriminadamente, o causar daños corporales, graves no aclara el propósito, como elemento subjetivo del injusto, de estos actos criminales y deja tan abierta esta característica que cualquier ataque puede poseer dichos elementos, siempre y cuando genere muertes indiscriminadamente. Ahora bien, por indiscriminadamente ¿qué se entiende?, ¿cuántos muertos de deben tomar en cuenta? ¿Dos, cinco, mil? La característica resulta problemática al señalar un parámetro cuantitativo por medio del término “indiscriminadamente”. Sucede lo mismo al referirse a los daños corporales graves, respecto de los que deja abierto el interrogante: ¿cuándo existe un daño corporal grave y uno no grave? Y por si esto fuera poco deja de lado los daños a bienes materiales. Esta última característica de la definición es tan vaga que en realidad no aporta ninguna claridad a la definición del terrorismo.

En España los elementos pertenecientes al concepto de terrorismo se han expresado a través de la Sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) 199/1987 de 16 de diciembre al estimar que “(e)l terrorismo característico de nuestro tiempo, como violencia social o política organizada, lejos de limitar su proyección a unas eventuales actuaciones individuales susceptibles de ser configuradas como «terroristas», se manifiesta ante todo como una actividad propia de organizaciones o de grupos, de «bandas», en las que usualmente concurrirá el carácter de «armadas». Característico de la actividad terrorista resulta el propósito, o en todo caso el efecto, de difundir una situación de alarma o de inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado, y muy frecuentemente indiscriminado, de esta actividad delictiva. De ahí que no quepa excluir la posibilidad de que determinados grupos u organizaciones

¹²⁶ CARRILLO FLORES, “El asilo político en México”, jurídica, núm. 11, Ciudad de México, 1979, en Alonso GÓMEZ ROBLEDÓ, *¿Es el terrorismo un delito político?*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1043/12.pdf>, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

¹²⁷ GÓMEZ ROBLEDÓ, Alonso, *¿Es el terrorismo?*, op. cit., pág. 169.

criminales, sin objetivo político alguno, por el carácter sistemático y reiterado de su actividad, por la amplitud de los ámbitos de población afectados, puedan crear una situación de alarma y, en consecuencia, una situación de emergencia en la seguridad pública que autoriza (o legitima) a equipararlos a los grupos terroristas propiamente dichos, como objeto de las medidas excepcionales previstas en el art. 55.2 de la Constitución. Ello se comprueba además con la lectura de la discusión parlamentaria del precepto constitucional, en la que se constata un tratamiento común de formas delictivas que suponen, en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”.

Posteriormente, mediante Auto del Tribunal Supremo (en adelante ATS) de 14 de junio de 2002, se determinó que “la expresión «delitos de terrorismo», (...) denota exclusivamente las prácticas de quien recurre a la violencia contra las personas o las cosas, para provocar alarma o pánico, haciéndolo, generalmente, de forma organizada e invocando fines políticos”.

En la propia doctrina que se encuentra inmersa en un debate sobre los elementos que componen el terrorismo se reconoce que la discusión es prácticamente imposible de pacificar y que hay tantas definiciones como autores que se dedican a ello. Reconociendo esta situación, CAPITA REMEZAL sintetiza el concepto de terrorismo como aquel que ha de contener un elemento de finalidad política y otro asociativo como un elemento teleológico y estructural respectivamente¹²⁸.

Desde otra perspectiva, la tipificación y demostración de la conducta terrorista también presenta importantes dificultades, respecto a la gran mayoría de los delitos que se encuentran cimentados sobre dos categorías; una la del bien jurídico que se tutela y la forma en la que despliega la conducta el delincuente, situación que permite la individualización de la acción u omisión; en el terrorismo esta individualización no sucede ya que pareciera ser que no hay exclusivamente actos terroristas, sino que hay incendios, estragos, homicidios, daños etc. que son visibles, pero el tipo de terrorismo exige algo invisible que es la finalidad de subvertir el orden constitucional y la paz pública, lo cual no hace subsumible en las conductas mencionadas anteriormente¹²⁹.

El terrorismo es un sistema y como tal requiere de una diferenciación frente a otro tipo de fenómenos¹³⁰. Al sistema habrá que considerarlo como cerrado para poderlo

¹²⁸ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 23.

¹²⁹ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes (Moral Derecho y Política. Manipulación lingüística: lenguaje jurídico y lenguaje político. Discrepancias sobre el concepto y la naturaleza del terrorismo. Tratamiento penal como Derecho penal de excepción y Derecho penal del enemigo. El terrorismo como fenómeno internacional. Las últimas reformas de la legislación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs.61-62. En el mismo sentido, Mariona LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 55., al considerar que “(...) la primera cuestión a dilucidar versa sobre los elementos atacados por las distintas tipologías de delincuencia violenta que es usual ver etiquetadas con el rótulo de terrorismo”. De tal suerte que no toda delincuencia de tipo sistémica u organizada ha de ser considerada terrorista; ejemplo de estas imprecisiones son las recientes declaraciones de Hilary CLINTON al considerar que el problema de narcotráfico en México es de naturaleza terrorista, fuente: *Periódico El Universal*, 17 de octubre de 2010. La diferencia radica desde nuestro punto de vista en que las asociaciones criminales como el narcotráfico persiguen fines de naturaleza económica y el terrorismo de naturaleza Política.

¹³⁰ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo desde una perspectiva sistémica*, Plaza y Valdés Editores, Ciudad de México, 2009, pág. 65.

proteger frente a la contaminación¹³¹ de otros subsistemas. No obstante, ello no quiere decir que el sistema terrorismo no tenga relaciones con los demás subsistemas. De esta manera, *el terrorismo ha de ser considerado como una estructura sistémica con un sentido comunicativo desestabilizador a través de la utilización de medios violentos que se orienta hacia el planteamiento de un sistema paralelo de expectativas.*

Conforme a un análisis del sistema, como una entidad cerrada y donde hay comunicaciones, no existe mayor relevancia en cuanto a la consideración diferenciada entre el terrorismo causado por grupos subversivos y el que emana del propio Estado. Sin embargo, haremos algunos comentarios referentes a dicha problemática. La moderna doctrina penal considera que hay serios cuestionamientos sobre si el Estado puede ser o no, sujeto activo del delito de terrorismo¹³².

El principal argumento que señala que el terrorismo no puede ser ejercido por los Estados radica en que, al momento en que éstos actúan violentamente contra sus gobernados, la conducta se encuadra en delitos de lesa humanidad como el genocidio, ello siempre que los ataques sean sistemáticos¹³³. La cuestión también se complica al considerar que se requiere como elemento subjetivo del injusto el hecho de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública. En realidad la situación no presenta ninguna dificultad porque, a pesar de que sea el gobierno quien ataque, dicho elemento subjetivo no se altera, a menos que la Constitución y el sistema de expectativas permitiera estas circunstancias, lo cual conduce a un absurdo en términos jurídicos y constitucionales. Históricamente el término terrorismo derivó de las acciones emprendidas por el propio Estado¹³⁴ en contra de su población.

Sobre este punto TERRADILLOS BASOCO diferencia entre terrorismo de oposición y terrorismo desde el Estado, distinguiendo los objetivos de ambas especies de tal suerte que la primera ha de orientarse hacia el cambio o condicionamiento contra el poder instituido y la segunda hacia el robustecimiento del poder que ya se poseía¹³⁵. El terrorismo de Estado se caracteriza por el ejercicio del terror disfrazado y en caso de no ser así entonces habrá de legitimarlo, representando a todas luces una negación del Derecho¹³⁶.

En síntesis, cuando se sitúa el fenómeno del terrorismo desde un concepto descriptivo, carece de importancia el hecho de saber si el sujeto activo pertenece o no al gobierno en turno.

¹³¹ “Sin embargo, la delimitación de la frontera entre el sistema terrorista y su sistema exterior depende, como toda aproximación sistémica, de la finalidad con que se haga el análisis sistémico que, además de por cuestiones éticas, debe ser explicada en la investigación para su correcta valoración y uso (...). Por tanto, la reducción de la complejidad que operamos mediante el análisis sistémico del terrorismo pretende una reducción de la complejidad real hasta una complejidad eficaz (...)” en Pedro CARRASCO JIMÉNEZ, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 65.

¹³² LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 110.

¹³³ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 112.

¹³⁴ GARCÍA SAN PEDRO José, *Terrorismo: Aspectos legales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, pág. 15.

¹³⁵ TERRADILLOS BASOCO, Juan M, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, pág. 281.

¹³⁶ TERRADILLOS BASOCO, Juan M, “El Estado de Derecho”, op. cit., págs. 283-284.

II.- Consideraciones criminológicas

Siempre ha despertado gran interés para los investigadores la cuestión relativa al análisis criminológico del terrorismo y para el presente trabajo representa una temática de importancia que hemos de abordar brevemente a continuación.

Desde el punto de vista de la criminología tampoco ha resultado sencillo establecer con claridad los elementos que nutren al terrorismo. De esta forma se estima que, en lugar de indagar por una conceptualización del fenómeno, los esfuerzos deben orientarse hacia la exploración de notas meramente identificadoras del terrorismo. En este sentido han de buscarse componentes tales como un esquema ideológico basado en dogmas, coacción física y psicológica, cinismo político latente, agresión sociopolítica en forma de guerrilla urbana, comunicación entre grupos terroristas a nivel nacional e internacional y sobre todo como una opción cultural nueva mediada por una escenificación teatral ante la opinión pública¹³⁷. En cuanto a las finalidades para las que se llevan a cabo las agresiones terroristas, éstas han de ser el empoderamiento (¿?) sobre el gobierno institucional para imponer los ideales de la agrupación y la dominación de la población¹³⁸. BERISTAIN IPIÑA considera, en un diálogo con NEUMAN, que “cuando hablo de terrorismo, no hablo de heroísmo, hablo de lo que en Derecho penal y criminología se considera terrorismo, es decir, aterrorizar a la sociedad intentando lograr unos fines que no se consiguen por esos medios, en definición dialogal”¹³⁹ de tal suerte que el terrorismo implica una negación comunicativa evidente también a nivel de análisis criminológico.

De esta manera existen varias clases de terrorismo que van a dirigir sus acciones hacia distintos objetivos y finalidades:

a) Terrorismo revolucionario: se fundamentan en extremismos ideológicos y clamor popular. Los ideales que les sirven de fundamento suelen ser de naturaleza utópica y con pocas posibilidades de materializarse. Utilizando falacias como el hecho de autoproclamarse defensores de la libertad, la violencia revolucionaria busca legitimarse empleando estrategias discursivas en las que expresan que el terrorismo fue “la última opción”, o sea, que fueron obligados a tomar el camino de la violencia por la carencia de medios institucionales¹⁴⁰.

Operativamente, suelen actuar en tres etapas donde el terrorismo se encuentra subordinado a la actividad revolucionaria; la primera se muestra objetivamente con un alto grado de violencia debido a que el grupo se encuentra en un *status* de inferioridad para posteriormente evolucionar a la guerra de guerrillas y seguir en una tercera etapa proyectándose hacia el perfeccionamiento estructural¹⁴¹. Desde un marco comparativo existen características que relacionan al terrorismo y la guerrilla. El terrorismo es maximización de la violencia, mientras que la guerrilla y la guerra de guerrillas son

¹³⁷ HERRERO HERRERO, César, *Criminología (parte general y especial)*, 3ª. edic. aumentada y actualizada, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 819-820.

¹³⁸ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., págs. 828-829.

¹³⁹ BERISTAIN IPIÑA, Antonio / NEUMAN, Elías, *Criminología y dignidad humana (diálogos)*, 2ª. edic., Depalma, Buenos Aires, 1991, págs. 183-184.

¹⁴⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 97.

¹⁴¹ GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo*, op. cit., pág. 87.

tácticas defensivas¹⁴². En cuanto a las tácticas existe una interesante estrategia empleada por la guerrilla, que consiste en lo que WALDMANN denomina “táctica de pinchazos” evitando un enfrentamiento directo y contundente, conduciendo al enemigo hacia un desgaste provocado por el paso del tiempo¹⁴³.

b) Terrorismo represivo: Dentro de esta clasificación tanto el Estado como los grupos subversivos¹⁴⁴ pueden ejercer la violencia de forma indistinta, pero cuando emana del Estado en contra de la población la agresividad estatal puede tener como fundamento la falta de control o gobernabilidad sobre un sector rebelde de la población¹⁴⁵. Ideológicamente, el Estado represor suele ser extremista, la derecha radical entre ambas guerras en Europa ha de ser el mejor ejemplo¹⁴⁶. En cuanto a la forma de operar esta especie de terrorismo se caracteriza por el empleo del aparato de seguridad estatal y los servicios de información¹⁴⁷. Tales herramientas son los medios represivos por excelencia.

c) Terrorismo religioso: Considerado de mayor peligrosidad debido a que para el o los atacantes, su actuar se encuentra absolutamente legitimado¹⁴⁸. El fundamento religioso al ser dogmático priva de cualquier tipo de inhibiciones al sujeto que ha de ejecutar el atentado terrorista. La religión en estos casos es utilizada como fundamento del “terror santo”¹⁴⁹. El objetivo material predilecto de este y de las demás especies de terrorismo es el ataque a víctimas inocentes, situación que se nutre por los voceros de las religiones extremistas al considerarlas como objetivos directos o como daños colaterales¹⁵⁰. El impacto en contra de víctimas inocentes tiene una gran importancia a nivel comunicativo. Las finalidades del terrorismo religioso se pueden sintetizar en tres especies: política, religiosa y social. Finalidades políticas independentistas, finalidades religiosas como el sacrificio por Dios y social como la lucha por la mejora de las condiciones del conglomerado donde viven¹⁵¹. El extremismo religioso posibilita la deshumanización del enemigo¹⁵².

Otra cuestión que alimenta la peligrosidad de esta especie de terrorismo radica en la existencia un código sacrificio/recompensa, que representa un fortísimo estimulante para el terrorista¹⁵³. La criminalidad de esta especie ha existido en todas las religiones. Hoy en día hay terrorismo en el islam y el judaísmo, incluso en la Edad

¹⁴² WALDMANN, Peter, “Die zeitliche Dimension des Terrorismus”, en Peter WALDMANN (ed.), *Determinanten des Terrorismus*, 2ª. edic., Velbrück Wissenschaft, Alemania, 2008, pág. 149.

¹⁴³ WALDMANN, Peter, “Die zeitliche Dimension”, op. cit., pág. 149.

¹⁴⁴ “(e)l terrorismo es siempre subversivo (...)”, en Carmen LAMARCA PÉREZ, “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 46, Fascículo. I, Madrid, 1993, pág. 538.

¹⁴⁵ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., págs. 831-832.

¹⁴⁶ MERKL, Peter H, “Approaches to the study of political violence”, en MERKL, Peter H, *Political violence and terror, motifs and motivations*, University California Press, Estados Unidos de Norte América, 1986, pág. 39.

¹⁴⁷ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Terrorismo y sistema penal”, op. cit., pág. 159.

¹⁴⁸ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., pág. 832.

¹⁴⁹ AL KHATTAR, Aref M., *Religion and terrorism. An interfaith perspective*, Paeger, Estados Unidos de Norte América, 2003, pág. 25.

¹⁵⁰ AL KHATTAR, Aref M., *Religion and terrorism*, op. cit., págs. 41-43.

¹⁵¹ AL KHATTAR, Aref M., *Religion and terrorism*, op. cit., pág. 43. En el mismo sentido, pero desde la perspectiva del terrorismo en general, en John HORGAN, *Psicología del*, op. cit., pág. 130.

¹⁵² Institute for Safety, Security, and Crisis Magnament, *Concepts of terrorism. Analisis of the rise, decline, trends and risk*, Países Bajos, 2008, pág. 16.

¹⁵³ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., pág. 834.

Media existió el terrorismo cristiano también. El hecho de que un grupo de extremistas utilicen la religión como base falaz de sus actos no quiere decir que todos los seguidores de tal o cual ideología lo sean. El terrorismo tiene un fundamento religioso cuando este -el fundamento-descansa sobre interpretaciones humanas parciales y contaminadas¹⁵⁴.

Una de las principales tareas de los terroristas es el hecho de poder allegarse de más simpatizantes para engrosar las filas de sus organizaciones. Ello implica la elaboración de toda una estrategia para llamar la atención de sus futuros miembros. Los dos elementos sobre los que descansa el poder de captación de nuevos elementos son de naturaleza étnica¹⁵⁵ y religiosa¹⁵⁶ y el contenido de estos parámetros se hará de forma exagerada y marcadamente subrayada respecto a las demás personas que no comparten dichas características; hay un continuo diálogo con la muerte¹⁵⁷. Este tipo de circunstancias es involuntariamente promocionado por los medios de comunicación, lo que les convierte en un foco de atención peligroso¹⁵⁸, especialmente para la población joven¹⁵⁹ que suele engrosar sus filas.

La explicación de cómo una persona decide abandonar la vida de respeto a las expectativas normativas para adentrarse en el mundo de las organizaciones terroristas, tiene, como en todos los fenómenos criminales, componentes de naturaleza multifactorial. No obstante, los investigadores por medio de trabajos como las entrevistas, han llegado a ciertas conclusiones que pueden ser interesantes; se estudia la existencia de un “boom” o una eventualidad concreta que despierta el sentimiento de rebeldía¹⁶⁰. Las organizaciones saben perfectamente cómo explotar dichas inquietudes. También conocen en qué clase de área geográfica han de actuar, qué tipo de barrios, colegios, etc¹⁶¹.

El alcance desestabilizador que generan es considerable. La organización criminal representa inseguridad pública en todos los planos de su entidad. Sin embargo, ello no es problemático para quienes deciden formar parte de ella como nuevos adeptos. La dificultad que implica determinar con exactitud la razón por la que una persona se adhiere a una banda terrorista se incrementa porque después de haber ingresado es complicado establecer si dicho ingreso fue por una motivación meramente personal o si este ha experimentado un proceso de aprendizaje y motivación ya dentro de la banda¹⁶².

¹⁵⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág.113.

¹⁵⁵ La cuestión radica en el candado constitucional del Estado español que la nación es indivisible pero que concede autonomía y es trabajo de las fuerzas armadas mantener al país cohesionado lo cual es utilizado como elemento motivador de los terroristas para justificar lo injustificable, en Manuel AVILÉS, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 488.

¹⁵⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., págs. 309-310.

¹⁵⁷ IVIANSKI, Zeev, “El problema moral. Algunos aspectos del terror individual”, en David C RAPOPORT, *La moral del terrorismo*, traducción de Marta L. GUASTAVINO / Salvador BISCARRI, Ariel, Barcelona, 1985, págs. 30-31.

¹⁵⁸ UNZUETA, Patxo *El terrorismo*. pág. 17.

¹⁵⁹ “La vivencia de la agresión desde la impunidad ha sido interiorizada, especialmente por los más jóvenes, como una invitación implícita a aumentar la dosis de provocación. En correspondencia con esa vivencia, los antiguos criterios de legitimidad se reducen a uno solo: es legítimo todo lo que hace avanzar la causa, y la única causa es desestabilizar lo existente. O sea, en este caso, el sistema democrático”, en Patxo UNZUETA, *El terrorismo*, op. cit., págs. 19-20.

¹⁶⁰ HORGAN, John, *Psicología del*, op. cit., pág. 134.

¹⁶¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 312, el mismo autor refiere que ETA ha sido una organización especialmente hábil para el reclutamiento de jóvenes a través de la creación y promoción de clubes culturales, de deporte y artes con fuerte contenido nacionalista.

¹⁶² HORGAN, John, *Psicología del*, op. cit., pág. 136.

Desde el punto de vista de los ex miembros de las bandas terroristas, existen razones de toda clase que van desde contextos subjetivos tales como simplemente haberse sentido empujados por el grupo, hasta la consideración extrema de que los medios violentos son la única opción para la alcanzar sus propios objetivos a nivel personal¹⁶³.

Las razones que motivan a una persona para ingresar a una organización terrorista demuestran que también estas han de contar con un efectivo aparato de captación que haga atractivo el formar parte de las mismas. Los sujetos encargados del reclutamiento han de contar con habilidad suficiente para estar en contacto por sí mismos o por medio de otros sujetos con las atmósferas sociales que representen un caldo de cultivo para la enchufa de nuevos miembros¹⁶⁴. Una vez dentro, el sujeto habrá de aprender las técnicas de ataque y se le comprometerá ideológicamente con los lineamientos imperantes en la organización¹⁶⁵. Después de este proceso un nuevo terrorista se habrá formado. La doctrina señala que los motivos que impulsan el terrorismo suelen ser el descontento social, discriminación ético-religiosa y el neocolonialismo¹⁶⁶. Si ello sucede a nivel de fenómeno general, también dichas motivaciones pueden incitar al sujeto en particular.

El terrorista no se considera delincuente, sino que se mira a sí mismo como un libertador o un revolucionario. Bajo este contexto justificante, la organización terrorista se vuelve ampliamente atractiva. Esta última cuestión del estímulo, nos lleva a explorar por qué los terroristas actúan como lo hacen.

Incluso a pesar del nivel de violencia que implica el terrorismo el fenómeno cuenta con una tasa de participación femenina mucho más elevada que aquella que corresponde al resto de los fenómenos delictivos. Ello es explicado como un rompimiento con el paradigma del papel tradicional de la mujer en la sociedad contemporánea¹⁶⁷. Cuando una mujer ingresa en una organización criminal, es innegable que aún en nuestros días, el hecho de su participación genera mayor asombro con respecto al hombre, por la simple razón de que el hombre ha sido socialmente más violento que las mujeres a lo largo de la historia.

En cuanto a la vida de las mujeres terroristas bajo la óptica de la criminología, se encuentran gravemente limitadas en su socialización y por ende en la posibilidad de su desarrollo, de la misma manera suelen sufrir abandono, ignorancia, falta de libertad y

¹⁶³ HORGAN, John, *Psicología del*, op. cit., pág.137.

¹⁶⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 313.

¹⁶⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 315.

¹⁶⁶ KRUMWIEDE, Heinrich-W., “Ursachen des Terrorismus”, en Peter WALDMANN (ed.), *Determinanten des Terrorismus*, op. cit., pág. 36.

¹⁶⁷ Una participación de un 74% en hombres y un 26 % en mujeres, en César HERRERO HERRERO, *Criminología*, op. cit., pág.853. Sin embargo, hay otra parte de la doctrina que considera que la teoría funcionalista y el ejercicio de los roles, no es de lo más precisa para determinar el grado de incursión de la mujer en la actividad delictiva, también se rechazan las teorías que defienden una situación de mayor alarma social por la los delitos cometidos por mujeres debido al rompimiento del paradigma tradicional de género, en Juan MONTAÑÉS RODRÍGUEZ / Raquel BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ / José Miguel LATORRE POSTIGO / Cristina RECHEA ALBEROLA, “Delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina” en Luis ARROYO / Juan MONTAÑÉS / Cristina RECHEA (coords.), *Estudios de criminología II*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1999, pág. 257.

vivencia de situaciones autodestructivas¹⁶⁸. La mujer terrorista tiende a crear escenarios ideales que conllevan en ocasiones a la pérdida de la noción de la realidad¹⁶⁹. En el caso del terrorismo islámico, las mujeres poseen cuatro características que las hacen especialmente peligrosas en cuanto a la efectividad del ataque¹⁷⁰:

- a) Sorpresa, debido a que la participación femenina suele ser menor
- b) Mayor respeto, no se les trata con el mismo rigor en retenes y controles por parte de las autoridades
- c) Contagio, este efecto consiste en que en el mundo islámico el hecho de que una mujer participe en un evento de esta naturaleza genera un efecto de estímulo hacia los varones
- d) Propaganda, el hecho de que una mujer participe en un acto terrorista tiene un mayor nivel de impacto

En España participación femenina la en las organizaciones terroristas es importante¹⁷¹.

III.- Consideraciones victimológicas

Las organizaciones terroristas suelen arremeter desde su génesis organizacional, en contra de objetivos tales como policías y cabezas políticas; en un primer momento¹⁷², esta selección de objetivos busca ampliar el nivel de defraudación de la expectativa y ampliar el campo de choque de la comunicación defectuosa, desestabilizando a la sociedad a través del terror. Ello a causa del rol institucional que ejercen los sujetos pasivos.

Debido a la naturaleza de esta investigación no entraremos al estudio de la Victimología ni a los debates que giran en torno a la cuestión si esta disciplina es

¹⁶⁸ LIMA MALVIDO, María de la Luz, *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*, 3ª. edic. corregida y aumentada, Porrúa, Ciudad de México, 1998, págs. 296-297.

¹⁶⁹ LIMA MALVIDO, María de la Luz, *Criminalidad femenina*, op. cit., pág. 297.

¹⁷⁰ Página de internet, *El caminante*, por Tomás ENRIC, “Mujeres terroristas, una tendencia a la alza”, en <http://enrictomas.blogspot.com.es/2010/03/mujeres-terroristas-una-tendencia-al.html>

¹⁷¹ No tanto en razón del número –que también es considerable– sino en vista de las posiciones de liderazgo y poder al que han ascendido algunos miembros del género femenino. Basta con mencionar el ejemplo de mayor actualidad que es el de la primer mujer jefa de ETA en toda su historia, la etarra IRAXTE SORZÁBAL DÍAZ, misma que la guardia civil le seguía el rastro desde hace muchos años y que hasta hace pocos meses pudo obtener por primera vez, una foto de la misma. De la misma manera es sorprendente la información que existe en la página web de la Guardia Civil, relativa a los sujetos buscados por una posible vinculación con la banda armada; siendo 20 de octubre de 2010, la página muestra los siguientes nombres de mujeres: IRAXTE SORZÁBAL DÍAZ, EKHIRE EIZAGUIRRE ZUBIAURRE, IZACKUM LESACA ARGUELLES, IORE LOZANO MIRANDA, ITZIAR MORENO MARTÍNEZ, EILER ZURRIARRAIN MENDIGUREN de 27 fotografías de buscados, seis corresponden a mujeres.

¹⁷² DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 345. El hecho de golpear a los representantes busca el debilitamiento del Estado. “La lógica del atentado responde a esta lógica: si la vida del Estado sólo depende de la vida del gobernante, bastará darle muerte para cambiar revolucionariamente el orden social”, en Hans Magnus ENZENSBERGER, *Política y delito*, traducción de Lucas SALA, Editorial Anagrama, Barcelona, 1987, pág. 266.

independiente o no de la criminología y demás planteamientos similares, limitándonos exclusivamente al ámbito relativo a la víctima del terrorismo.

Las víctimas¹⁷³ no son sólo aquellas personas que han fallecido, sino que lo son también aquellos que han sobrevivido a un ataque y por supuesto las víctimas de segundo grado, familiares, amigos y allegados de quien ha resentido el ataque.

A la circunstancia anterior, por demás traumática, hay que, añadir que a pesar de los esfuerzos de legisladores y demás funcionarios, la víctima sufrirá un proceso de victimización secundaria, especialmente en el contacto con la policía, porque se la trata como un elemento de prueba y no como una víctima que requiere tratamiento especializado¹⁷⁴. Las reacciones posteriores a un evento terrorista suelen ser variadas; por ejemplo, conforme al estudio de IZAOLA, existe un mayor nivel de consecuencias como la ansiedad en sujetos que han estado en un tiroteo que aquellos que han estado en una explosión¹⁷⁵. De ahí que el tratamiento sea de máxima importancia para la correcta recuperación de las víctimas.

Hay que establecer qué es lo que la moderna literatura considera como “víctima del terrorismo”. Como suele suceder en prácticamente todos los temas de nuestra disciplina -Derecho penal en sentido amplio- existe un debate acerca de lo que ha de entenderse por víctima del terrorismo. Para BERISTAIN IPIÑA, el concepto es absolutamente nuevo y lo vincula a otro de igual originalidad que son las llamadas macrovíctimas¹⁷⁶.

Las víctimas de terrorismo pertenecen a una categoría que MENDELSON denomina como “ideales” o “enteramente inocentes”, clasificación que se integra por personas que son completamente anónimas y ajenas al problema que motiva el acto criminal¹⁷⁷. De esta manera el rol de quien sufre el ataque no invade de ninguna manera la esfera de dominio correspondiente a la organización criminal por oposición material. En otras palabras, es aquel sujeto que no tiene ningún grado de involucramiento con el conflicto pero que a pesar de ello recae sobre este él el ataque antijurídico.

NEUMAN señala que las víctimas que cobra el terrorismo entran dentro de la clasificación de víctimas colectivas, y específicamente considera que es la comunidad social quien es vulnerada cuando se llevan a cabo actos de terrorismo subversivo o terrorismo de Estado¹⁷⁸.

¹⁷³ “El concepto del vocablo “víctima” apela a dos variedades. “Vincere”: animales que se sacrifican a los dioses y deidades, o bien “vincere”, que representa el sujeto vencido”, en Elías NEUMAN, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 25.

¹⁷⁴ HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996, pág. 315.

¹⁷⁵ PULGAR GUTIÉRREZ, María Belén, *Víctimas del terrorismo 1968-2004*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 74.

¹⁷⁶ BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Derecho penal y la nueva criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*, Ara Editores, Lima, 2008, pág. 195 y ss.

¹⁷⁷ NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, op. cit., págs. 57-58. En el mismo sentido, “El pertenecer o no a una filiación Política puede tener efectos victimizantes”, en Alfonso SERRANO GÓMEZ, *El costo del delito y sus víctimas en España*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986, pág. 92.

¹⁷⁸ NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, op. cit., pág. 70. Por víctimas colectivas hemos de entender “(...) personas jurídicas,

En otro orden de ideas, la víctima no sólo se refiere a los atentados, sino que también lo son de las formas de financiación que implementan las organizaciones criminales. A continuación se exponen brevemente algunos métodos de financiación en relación con las víctimas¹⁷⁹:

a) Víctima por impuesto revolucionario: empresarios y pequeños comerciantes, de la zona del país Vasco y Navarra principalmente, aunque se pueden seleccionar blancos de cualquier parte del territorio español.

b) Víctima por secuestro: empresarios, comerciantes y banqueros.

c) Víctimas de actividades paralelas: entidades bancarias

La victimización que genera el terrorismo es rotunda, debido a la anonimidad y el azar con la que se suelen escoger a las víctimas¹⁸⁰. En este contexto, cualquier persona en cualquier momento puede ser vista por los ojos de la organización, pero este “azar” con el que se eligen las víctimas también puede ser relativo. Ello suele presentarse con mayor frecuencia en casos como los de actividades para financiación dentro de ciertos grupos sociales, es decir, que no hay un azar absoluto. En los atentados se presenta un doble fenómeno en el que o se ataca a ciertas profesiones como policías y Guardia Civil¹⁸¹ o se presenta el fenómeno de la víctima anónima. Por lo tanto, hay determinadas profesiones que implican un mayor incremento del riesgo por ejercicio del rol profesional. En resumen, podemos decir que, sea al azar o sea por selección de un objetivo determinado, el impacto comunicativo del terrorismo será generalizado sobre la población por el miedo finalmente a la muerte donde “el miedo ante las cosas tiene que ver con la amenaza de muerte”¹⁸².

La victimización indirecta también representa un problema de considerable gravedad. El terrorismo de forma por demás incisiva trasciende en su dañosidad a los allegados de la víctima principal. Diversos estudios, como el practicado por BECA y CABANAS en 1997, arrojan resultados sorprendentes respecto a la alta probabilidad de que los familiares de víctimas primarias de terrorismo padezcan importantes trastornos psiquiátricos¹⁸³. La magnitud de dicha afectación puede llegar incluso a tener la misma intensidad-a nivel familiar-que el perjuicio experimentado por la víctima directa¹⁸⁴. Es posible que el fenómeno se presente con cierta lentitud y se manifieste como una sensación de zozobra así como con la presencia de pensamientos contradictorios en el

determinados colectivos, la comunidad o el Estado pueden ser víctimas (...) se destaca así la despersonalización, colectivización y anonimato que caracterizan las relaciones entre delincuente y víctima (...)", en Gerardo LANDROVE DÍAZ, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 46.

¹⁷⁹ PULGAR GUTIÉRREZ, María Belén, *Víctimas*, op. cit., págs. 68-69.

¹⁸⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *El costo del delito y sus víctimas en España*, op. cit., pág. 92.

¹⁸¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *El costo del delito y sus víctimas en España*, op. cit. pág. 92.

¹⁸² RABINOVICH, Silvana, “La mirada de las víctimas, responsabilidad y libertad”, en José M MARDONES / Reyes MATE (eds.), *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003, pág. 53.

¹⁸³ BACA BALDOMERO, Enrique / CABANAS ARRATE, María Luisa / BACA GARCÍA, Enrique, “El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares”, en E BACA / M L CABANAS (eds.), *Las víctimas de la violencia*, Triacastela Instituto de Victimología Fundación Archivos de Neurobiología, Madrid, 2003, págs. 160-161.

¹⁸⁴ BACA, E / CABANAS, M.L, (eds.) *Las víctimas de la violencia*, op. cit., pág. 160. En un sentido más moderado se pronuncian otros investigadores al considerar que lo que experimentan las los familiares de la víctima directa es un proceso paralelo y matizado. Cfr. María Belén PULGAR GUTIÉRREZ, *Víctimas*, op. cit., pág. 138.

momento en el que el familiar recibe la noticia de que un familiar potencial o verdaderamente se encuentra envuelto en un evento terrorista¹⁸⁵.

En las categorías que la victimología emplea como herramientas para el esclarecimiento y ordenación científica de su objeto de estudio, existe una clasificación a la que debemos prestar especial atención, debido a la temática que estamos abordando. Dicha clasificación se refiere a las llamadas víctimas especialmente vulnerables, referente a personas que poseen ciertas características que las hacen más propensas a sufrir graves estragos en su persona como resultado de la actividad terrorista¹⁸⁶. El nivel de vulnerabilidad comprende desde factores físicos como la edad y la fortaleza, hasta elementos de tipo económico, social, académico, residencia etc., esto sin considerar ciertas profesiones donde debido al rol que se ha de jugar, existe un evidente incremento del riesgo como en el caso de la policía o guardia civil¹⁸⁷.

La clasificación de víctimas especialmente vulnerables no se salva de algunas consideraciones críticas. La cuestión que más interesa es que el nivel de vulnerabilidad es igual para cualquier persona que se encuentre en una situación de víctima frente al terrorismo. Lo importante no es la fuerza, la edad o la condición social, sino que es de tal nivel desestabilizador y destructor el terrorismo que realmente todos los sujetos participantes en la sociedad se encuentran en un plano de igualdad en relación a la vulnerabilidad. El gran problema del binomio víctima-terrorismo radica en que el nivel de violencia es inconmensurable e impredecible, de ahí su peligrosidad y la necesidad de una represión contundente a través de mecanismos penales especializados.

A) Sujetos potencialmente victimizables, el infiltrado

La figura de aquellos sujetos que descienden – en el ejercicio de un rol especial- a las entrañas de las organizaciones criminales, es una realidad que sucede todos los días en el combate al terrorismo organizado. La institución en comento suele ser denominada como “infiltrado”. La literatura es escasa a pesar de ser una herramienta de máxima importancia sin la que muchos de los grandes avances en el combate a las organizaciones terroristas no se hubiesen podido alcanzar.

El infiltrado deberá de introducirse en el ambiente de las organizaciones criminales con el objetivo de descubrir a los sujetos que participan en ellas y coadyuvar a su posterior represión¹⁸⁸.

No se debe confundir al infiltrado, o agente encubierto, con el espía¹⁸⁹. En un conflicto armado puede actuar un sujeto combatiente y uno espía. La diferencia entre ambos radica en que el segundo se encuentra dentro de una operación secreta para obtener información y transmitirla al otro flanco de la contienda y se caracteriza porque

¹⁸⁵ PULGAR GUTIÉRREZ, María Belén, *Víctimas*, op. cit., pág. 138.

¹⁸⁶ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, op. cit., pág. 46.

¹⁸⁷ LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, op. cit., págs. 46-47.

¹⁸⁸ MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, núm. 42, Real Centro Universitario Escorial María Cristina, San Lorenzo el Escorial, 2009, pág. 155.

¹⁸⁹ Este último contemplado en los instrumentos internacionales reguladores del Derecho Internacional Humanitario, para el que el espía, junto con el mercenario y el francotirador, escapan de la categoría de combatiente y entran dentro de la de la delincuencia en conflictos armados.

no posee signos distintivos que lo diferencien de los civiles¹⁹⁰. Aunque parezcan figuras afines, la gran diferencia radica en que el espía se encuentra en un conflicto armado entre potencias, mientras que el infiltrado se encuentra en una situación de combate a una organización terrorista ya sea de corte nacional o internacional. Debemos subrayar que un elemento compartido por ambas figuras es que el nivel de incremento de riesgo al que se encuentran expuestos es considerablemente alto. La razón se debe a que en cualquier momento pueden ser descubiertos y ser sometidos a tortura o ejecución. En este sentido el agente encubierto representa un especial interés al considerarles como víctimas potenciales de las organizaciones criminales. La eficacia del espionaje ha sido duramente criticada por ciertos autores al considerar que su papel no ha sido relevante en los momentos definitivos de los conflictos y que más bien forman parte de la mitología y la tradición que acompaña el secretismo de Estado¹⁹¹. El tema puede ser ampliamente discutido, pero desafortunadamente excede de los extremos de nuestra investigación, donde simplemente hemos querido hacer una muy breve referencia a la figura del espía como semejante a la del infiltrado. El infiltrado ha jugado un rol trascendente en el combate al terrorismo y la delincuencia organizada en general.

La figura del infiltrado se encuentra contemplada en el artículo 282 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el apartado relativo a la Policía Judicial. La Ley faculta al Juez de instrucción para que autorice la realización de operaciones encubiertas. Estas se encuentran en un listado de conductas delictivas enumeradas taxativamente entre las que sobresalen los delitos de terrorismo.

En cuanto a las notas características del agente infiltrado, el mismo ha sido definido por GÓMEZ LIAÑO de la siguiente manera: “La infiltración mediante el recurso de agentes encubiertos consiste en la ocultación de la verdadera identidad policial, en aras de establecer una relación de confianza que permita al agente integrarse durante un periodo de tiempo prolongado en la organización terrorista, con la finalidad, primordial, igualmente oculta, de obtener la información necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia”¹⁹².

Ello ha de entenderse desde la perspectiva de que la entrada en una organización delictiva puede estar acompañada por una serie de ceremonias de iniciación o de pruebas de verdadera lealtad para poder ser admitido en el grupo. Se llevan a cabo actividades con una clara tendencia a ideologizar y despersonalizar a los nuevos miembros¹⁹³. En este marco de acción hay una clara elevación del riesgo para el propio agente debido a que puede ser descubierto o captado ideológicamente por la organización. Además de ello, los terroristas suelen pedir alguna prueba de su absoluta pertenencia a la organización, como en el caso de GRAPO donde los sujetos debían de

¹⁹⁰ MONTES SÁNCHEZ, María del Rosario, *El estatuto jurídico de los espías, mercenarios, guerrilleros, desertores y saboteadores en el Derecho internacional humanitario*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Sevilla, 1990, págs. 12-13.

¹⁹¹ ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Política y delito*, op. cit., pág. 310.

¹⁹² GÓMEZ LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., pág. 421. En el mismo sentido “A nuestro juicio lo esencial de toda infiltración es la ocultación de la identidad –*rectius*, de la condición policial y/o de las intenciones del infiltrado como punto de partida para establecer con el paso del tiempo una relación de confianza que permita el acceso a una información”, en Fernando GASCÓN INCHAUSTI, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001, pág. 10.

¹⁹³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 319.

obtener la pistola que portarían, a través de un robo a un policía, despojándole de su arma de cargo¹⁹⁴.

Las organizaciones criminales de países como México tienen un ritualismo especial para poder ingresar en algunas de ellas¹⁹⁵. Cada organización ha de responder de acuerdo a pautas de tipo antropológico y social.

El infiltrado, en cuanto a su estatus, ha de ser forzosamente un miembro del gobierno, es decir, un funcionario público¹⁹⁶.

El hecho de ingresar en una organización de tipo criminal de alto nivel, como lo es una banda terrorista, implica para el infiltrado un grado superior de riesgo que habrá de asumir como parte de su función sistémica dentro del gobierno, o sea, dentro de función como agente público. El infiltrado, desde el punto de vista legislativo, se convierte en un coadyuvante que pertenece a la policía judicial que cumple el rol de “posibilitador” de entrada a la organización criminal¹⁹⁷. Es importante puntualizar brevemente una cuestión: conforme a la teoría del rol social, éste tiene un aspecto formal y otro material; el primer aspecto consiste en la manera en la que objetivamente se identifica el rol, y el segundo al conjunto de derechos y obligaciones que posee¹⁹⁸, de tal suerte que el infiltrado, cuando entra en funciones, ejerce su rol formalmente como terrorista pero materialmente cumple las funciones de infiltrado, es decir, de policía, lo que representa un caso de especial singularidad para la teoría del rol social.

El natural peligro que implica el ejercicio de esta doble identidad y por ende de papeles tan diametralmente antagónicos se ve incrementado por un factor temporal, relativo a la duración del periodo de infiltración, el cual deberá de ser, en un principio, no mayor a seis meses pero con derecho a prórroga¹⁹⁹, por lo que el sujeto se encuentra ante una potencial victimización durante lapsos importantes. La razón de que haya una permanencia importante dentro de la organización es que es la única manera en la que se realice la integración necesaria para la consecución de las metas trazadas²⁰⁰.

La profundidad de la infiltración se medirá en razón de la manera en la que la propia organización vaya otorgándole mayores responsabilidades al agente. Situación que le puede llevar a tener conflictos de naturaleza antijurídica por la comisión de actos delictivos punibles, lo que importa para el encubierto un nuevo abanico de riesgos

¹⁹⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 326.

¹⁹⁵ Es el caso de los feminicidios en Ciudad Juárez Chihuahua en México donde una de las teorías más robustecidas afirma que el motivo de las privaciones de libertad, mutilación, abuso sexual, violación y finalmente el asesinato responde a móviles de naturaleza ritual o de moneda de cambio para el ingreso o pacto de silencio entre organizaciones criminales con personas de alto nivel de influencia en México, en Diana WASHINGTON VALDEZ, *Cosecha de mujeres. Safari en el desierto mexicano. Toda la verdad sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua*, Océano, Barcelona, 2005, pág. 17.

¹⁹⁶ GÓMEZ LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo”, op. cit., pág. 421.

¹⁹⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, op. cit., pág. 18.

¹⁹⁸ No abundaremos más acerca de dicha temática debido a que en su momento oportuno dichas nociones de analizarán exhaustivamente por representar la columna vertebral de la presente tesis doctoral.

¹⁹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, op. cit., págs. 218-219.

²⁰⁰ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001, pág. 60.

potenciales por parte de la Ley penal²⁰¹, esto quiere decir que el propio ejercicio formal del rol como terrorista puede convertirlo en víctima de la sanción penal. En resumen, a mayor tiempo y grado de infiltración en la organización, mayor coste de riesgos habrá que asumir desde las perspectivas, penal, procesal²⁰² y existencial -y decimos existencial, porque si el agente es descubierto sufrirá mucho antes de dejar de existir violentamente-, habiendo de recordarse que el recrudecimiento de la violencia es una de las principales características de la delincuencia contemporánea²⁰³. Este tipo de situaciones nos lleva a analizar paralelamente la enorme labor que llevan a cabo los cuerpos de policía que en muchos lugares del territorio español, no es valorado y más bien es despreciado²⁰⁴.

En la generalidad de las actividades que implican la asunción de un riesgo victimizante, éste suele concluir una vez finalizada la exposición al foco de peligro. En el caso del agente infiltrado no es así; cuando ha terminado el periodo de exposición al riesgo dentro de la banda, se abre otro relativo al lapso de riesgo fuera de la misma y de la exposición de las pruebas ante el sumario correspondiente. El agente, ahora, ha de asumir el rol de testigo y por ende habrá de requerir protección para él y su familia²⁰⁵. La cuestión se pone aun más complicada cuando el agente encubierto resulta ser imputado en los hechos delictivos, ya que no podrá ostentarse con otro nombre para su protección, ni gozar de las prerrogativas que tienen los agentes encubiertos, lo cual lo mantiene en un continuo estado de potencial victimización.

B) Toma de postura

Sin duda los argumentos vertidos por los múltiples estudiosos del fenómeno terrorista arrojan luces para poder enfocar con mayor claridad a la víctima del terrorismo. Sin embargo, consideramos que la orientación del ataque terrorista va encaminada hacia dos niveles de afectación. El primero afecta a las víctimas directas, que son aquellos civiles o funcionarios públicos que desafortunadamente son el blanco inicial pero accesorio del ataque terrorista. El segundo y -desde nuestro de punto de vista- el verdadero objetivo comunicativo del terrorismo es el resto de la población. Su objetivo no serán los que mueren sino los sobrevivientes, ya que a estos sujetos es a los que el terrorismo pretende imponer sus condiciones a través de la coacción y restricción de la libertad²⁰⁶. El mensaje comunicativo del terrorismo no tendría sentido si se orienta hacia las víctimas mortales, ya que los cadáveres no pueden, por lo menos directamente, influir en la modificación del sistema de expectativas, que es el elemento teleológico del ataque terrorista en su último eslabón.

²⁰¹ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 60.

²⁰² “(...) Así las cosas, cuanto más intenso es el grado de infiltración del agente, con la consiguiente acentuación de sus elementos característicos, mayor es el riesgo de que se produzcan infracciones procesales que determinen la nulidad del acto de investigación, o la exclusión de la valoración de su resultado”, en Joaquín DELGADO, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 61.

²⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual y Derecho penal*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988, pág. 96.

²⁰⁴ BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Problemas criminológicos, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales*, Ciudad de México, 1984, pág. 325.

²⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, op. cit., pág. 296.

²⁰⁶ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 172.

CAPÍTULO II

POTENCIAL COMUNICATIVO DEL TERRORISMO

I.- Terrorismo como expresión de intimidación política

La conformación de una organización terrorista es expresión de violencia contra la sociedad y el gobierno.

El terrorismo organizado, en las modernas legislaciones, representa una de las conductas de mayor gravedad que existen dentro de los catálogos delictivos. El fenómeno se ha convertido en el problema fundamental de las democracias contemporáneas debido al potencial lesivo que genera contra las bases esenciales del Estado y la sociedad misma.

El terrorismo como fenómeno antisocial no se puede disociar de los conflictos partidistas o los movimientos sociales²⁰⁷. La conducta constituye un camino de desestabilización, orientado hacia objetivos políticos por medio de la violencia organizada. Por esa razón el evento terrorista se opone diametralmente al concepto de Estado democrático y por ende representa una importante defraudación de expectativas sociales. MICHAUD refiere que “(l)a violencia constituye un desafío radical a lo social”²⁰⁸ y lo social se encuentra sostenido por un entramado de roles y comportamientos pronosticables. En sociedad la esperanza de cumplimiento sobre dichas expectativas se denomina expectativa normativa y ante una defraudación sobre la misma, esta no desaparece sino que continúa²⁰⁹. El grado de defraudación depende de la intensidad del cuestionamiento que la norma ha soportado.

Por otra parte, las organizaciones criminales suelen acompañarse de brazos ideológicos, como partidos políticos de corte independentista o nacionalista que no hacen sino formar, *de facto*, parte de la organización criminal legitimando las acciones antijurídicas bajo un disfraz político. Paradójicamente democracia y terrorismo se encuentran fuertemente entrelazados²¹⁰. Tal afirmación se construye basándose en los principios democráticos emanados de la Revolución francesa conforme a los cuales la voluntad reside en la nación y esta a su vez tiene al pueblo como parte integrante, donde se anida la facultad de modificar los regímenes de gobierno; discurso que también puede ser utilizado por los terroristas²¹¹.

Las agrupaciones terroristas dirigen sus acciones con el ánimo de obtener legitimación sobre su actuar delictivo. En la práctica suelen fracasar debido al rechazo generalizado de la violencia. Su forma de actuar continúa transitando por un sendero paralelo al de la legalidad. Los terroristas podrán creer que se encuentran abanderados por fines ideológicos, nobles o incluso divinos. No es en la ideología donde radica el problema ya que el pensamiento permanece en la mente del hombre y como se menciona en el clásico aforismo “la mente es el lugar donde ningún juez puede penetrar”. La problemática se sitúa en la exteriorización de la conducta delictiva que produce desestabilización. En otras palabras, lo que le interesa repeler al Derecho penal

²⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 79.

²⁰⁸ MICHAUD, Yves, *Violencia y Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1989, pág. 105, en José GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo*, op. cit., pág. 124.

²⁰⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 2003, págs. 49-50.

²¹⁰ O’ SULLIVAN, Noel, *Terrorismo, ideología y revolución*, traducción de Nestor A MÍNGUEZ, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pág. 20.

²¹¹ O’ SULLIVAN, Noel, *Terrorismo*, op. cit., pág. 25.

es el ataque antijurídico perpetrado por medio de la violencia y la enemistad de los sujetos hacia el Derecho. Enemistad que se orienta hacia la vulneración del aparato normativo con el ánimo de aterrorizar a la sociedad para que entonces forzosamente (en un idealismo terrorista absoluto y glorioso) esta legitime y acepte sus pretensiones. Dicha forma coactiva de actuación organizacional es considerada como violencia política.

Aunque suene semejante, existe una importante diferencia entre los conceptos de violencia política y delito político. Para GARCÍA SAN PEDRO, la complejidad para determinar qué significa violencia política es considerable. El fenómeno se caracteriza por la utilización de medios violentos para influir de cualquier manera en el poder estatal²¹². De lo anterior se desprende que la violencia política va dirigida hacia la lesión del Estado, afectando las normas que lo sostienen. El terrorismo entonces, es un fenómeno que afecta la vida política de una nación aunque este no sea el único fenómeno de violencia política que exista²¹³. Cuando se lleva a cabo una acción política violenta, su valorización dependerá de la posición que ocupe el observador²¹⁴.

El concepto de violencia política resulta ser complejo en cuanto a su delimitación. Dentro del mismo puede clasificarse casi cualquier actividad de criminalidad organizada o de estatus. Para muestra tenemos como ejemplos las ejecuciones de policías y demás funcionarios garantes de la seguridad. En la práctica se presentan las mismas ejecuciones acompañadas de mensajes con amenazas, crueldad en el ajusticiamiento a cuerpos de combate al crimen, tortura a funcionarios, secuestros y extorsiones. Todas estas conductas conculcan el sistema de gobierno en una parte, como lo puede ser en los cuerpos de seguridad, o en su totalidad cuestionando los cimientos normativos de la sociedad.

La violencia política puede desestabilizar de tal manera al sistema normativo y en consecuencia la confianza de la población en que la norma sigue vigente, viva y funcional, que puede llegar a generar incluso fenómenos de migración y desplazamientos. Las personas al vivir bajo el sistema de expectativas tienen esperanza sobre su cumplimiento, orientados por un principio de confianza general. Las personas dentro de la sociedad parten desde una plataforma de respeto a la norma ya que este es el elemento que configura la sociedad y por ende se esperará que los demás actúen orientados por la misma²¹⁵.

En opinión de GARCÍA SAN PEDRO, la violencia tiene un lugar destacado entre las diversas formas de llevarse a cabo la lucha política, dando lugar al término violencia política. No obstante, como categoría, aún resulta lo suficientemente amplia como para incluir una gran variedad de tipos y aplicaciones dando como consecuencia que sea susceptible de graduación. Existe una importante dificultad para “cerrar” el concepto de violencia política.

²¹² PONTARA, Giulano, “Violenza e terrorismo. Il problema della definizione e della giustificazione”, en *Dimensioni del terrorismo politico*, a cura di Luigi BONANATE, Franco Angeli Editore, Milán, 1979, pág. 32, en José GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo*, op. cit., pág. 124.

²¹³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op.cit., pág. 44.

²¹⁴ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Terrorismo y sistema penal”, op. cit., pág. 157.

²¹⁵ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, págs. 36-37.

La enemistad del terrorista es manifiesta, y por ende, su acción resulta comunicativamente defectuosa. El terrorismo suele ser equiparado a una especie de conflicto bélico moderno y la agresividad de este hace que se abandone el término lucha para acuñar el de guerra²¹⁶. Esto se entiende porque la irreverencia hacia el pacto normativo establecido por todos los miembros de la sociedad es absoluto. A juicio de JAKOBS, “no existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado”²¹⁷.

Ante tal ataque a la estructura fundamental del Estado, éste no puede reaccionar con los medios ordinarios de combate a la delincuencia -porque el propio terrorismo no es un fenómeno delictivo ordinario- sino que habrá de emplear mecanismos contundentes y definitivos para responder frontalmente a la problemática. La herramienta idónea, legal, constitucional y por ende perteneciente a un Estado democrático es el Derecho penal del enemigo. Hasta hoy en día no se ha encontrado un mecanismo más adecuado para el combate de dichos problemas. Desafortunadamente existe todavía en estos días un grave desconocimiento acerca de los principios y elementos del Derecho penal del enemigo y además ha sido injustamente calificado y tildado de autoritario, acompañado de un sin número de críticas desmesuradas que sólo demuestran un profundo desconocimiento por parte de los detractores.

La doctrina especializada considera frecuentemente como un hecho la finalidad política que ha de acompañar a las acciones terroristas. La cuestión es que una observación cuidadosa de la problemática, arrojará que el terrorismo es una herramienta efectiva de intimidación política. Cuando no existe el ingrediente político como elemento teleológico, entonces habrá que castigar por el delito de asociación ilícita criminal²¹⁸, (terminología empleada anteriormente). Actualmente la doctrina equipara a la asociación ilícita con la organización criminal²¹⁹.

El hecho de considerar simple y llanamente que la conducta del artículo 571 del CP tiene una finalidad política, en realidad, no dice mucho al respecto²²⁰. Se debe analizar cuidadosamente la problemática para determinar la manera en la que influye el terrorismo en la política de un Estado. Para ello hay que considerar que el arma más importante que tiene el terrorista es la violencia que puede llegar a ejercer sobre la sociedad de una nación. Por lo tanto, la verdadera finalidad del terrorismo es una modificación sistémica de la sociedad a través del terror.

El fenómeno, al orientarse hacia una finalidad sistémica, ha de ser combatido mediante una solución de idéntica naturaleza, en otras palabras, mediante una respuesta de la misma intensidad. El problema de considerar únicamente al terrorismo como un golpe al sistema político es que puede llegar a legitimar el uso de la violencia estatal sin

²¹⁶ ALONSO BAQUER, Miguel, *Nihilismo y terrorismo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003, pág. 12. Sin embargo, PAWLIK propone “(...) reducir la cuestión de «guerra-no guerra» y, en primer lugar, dirigir la mirada al potencial destructivo del terrorismo actual, en segundo lugar a sus fines y, en tercer lugar a su disposición a ajustarse a las normas”, en Michael PAWLIK, “El terrorista y su derecho”, op. cit., pág. 148.

²¹⁷ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 34.

²¹⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Sobre el concepto de terrorismo”, op. cit., pág. 543.

²¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español”, en Hernán HORMOZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, Ciudad de México, 2011, pág. 309.

²²⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 89.

un límite determinado. La situación ya se ha presentado con el combate internacional al terrorismo llevado a cabo por los EE.UU a partir de los atentados terroristas del once de septiembre. El hecho de combatir el terror de la violencia con violencia del Estado, favorece los objetivos de la organización criminal²²¹. Habrá que considerar que el subsistema político es diferente al subsistema Derecho, mismo que se encuentra clausurado operativamente²²². Por ello el análisis debe enfocarse desde dos planos, uno político y otro jurídico.

En este apartado ha de estudiarse al terrorismo primero desde la perspectiva política, pero siempre considerando, que bajo nuestra óptica la finalidad terrorista reviste un objetivo de modificación sistémica. El acto terrorista ha de requerir un elemento subjetivo de modificación política para que se le considere como terrorismo²²³.

El terrorista en su mente ha llevado a cabo, a través de los mecanismos psicológicos y el entrenamiento de la propia organización, un proceso de autojustificación sobre sus acciones. Bajo este contexto el terrorista se considera a sí mismo como un combatiente político²²⁴. La dificultad analítica está en determinar la afectación al aparato gubernamental. Ello radica en que la vulneración se puede extender conceptualmente hasta otros factores de la vida en sociedad que se encuentra más allá de lo concerniente a la dirección del régimen estatal.

Una muestra de estas dificultades es la concepción del terrorismo como delito social. Conforme a esta óptica el injusto se orienta hacia la modificación del contexto social a partir de un esquema despolitizado de la conducta criminal²²⁵. No obstante, los defensores de la tesis de la finalidad política como elemento teleológico de la conducta, tienen el respaldo de la doctrina mayoritaria²²⁶.

La categoría de violencia política resulta compleja en su acotación²²⁷ y por ende dificulta su clarificación científica. También es útil aquella parte de la doctrina que se encarga de diferenciar que el móvil no es la causación del terror sino el cambio en el sistema político²²⁸. El terrorismo persigue la conmoción de la democracia²²⁹.

Sin embargo, más que considerar el objetivo político como finalidad, debemos mirar al terrorismo desde una perspectiva utilitaria. De esta manera el fenómeno sirve como elemento de intimidación para la clase política dominante. Una vez que la presión

²²¹ LOUCH, Alfred, “La inmoralidad de una convicción”, en David C RAPOPORT, *La moral del terrorismo*, op. cit., 72.

²²² LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, traducción de Rodrigo RODRÍGUEZ MANCILLA, Anthropos Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 1997, pág. 105.

²²³ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 297.

²²⁴ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El terrorista ante el Derecho penal: Por una política criminal intercultural”, en José Ramón SERRANO-PIEDRECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., págs. 150-152. Anteriormente el terrorismo era considerado en cuanto a su finalidad como la mera alteración del Estado o del Gobierno, en Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento*, op. cit., pág. 79.

²²⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 80.

²²⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 80.

²²⁷ GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo*, op. cit., pág. 125.

²²⁸ NSEFUM, Ebile, *El delito de terrorismo, su concepto*, op. cit., pág. 136

²²⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, “Terrorismo y sistema penal”, op. cit., pág. 163.

sea suficientemente fuerte comenzará el proceso de cambio político. Las organizaciones terroristas buscan un diálogo con el gobierno bajo sus condiciones. Ello es muestra de la instrumentalización de la violencia²³⁰. La violencia es la boca del terrorista, lo que complica el diálogo directo con la autoridad. A pesar de cualquier dificultad comunicativa el camino del dialogo debe ser procurado. En opinión de SAVATER, “el diálogo debe de ser defendido contra viento y marea: por tanto apoyemos sin fisuras a las fuerzas de seguridad estatales y autonómicas que a costa de sus vidas nos protegen de quienes han sustituido la argumentación por el terror”²³¹. Sin embargo, en un proceso de diálogo ambas partes deberán de ceder una porción de sus pretensiones; hay que abandonar la cultura del yo absoluto para poder dialogar y llegar a una cultura de paz²³². El terrorismo organizado, desafortunadamente, no responde bajo un esquema de diálogo pacífico.

Volviendo a la problemática de “lo político” en el delito que exploramos, se observa que el debate no se encuentra resuelto en la literatura. Es sugerente la opinión de BUENO ARÚS, al considerar que la finalidad política como motor que impulsa la actividad terrorista tiene gran flexibilidad en vista de que todo aquello que tenga que ver con el gobierno de una sociedad se considera político²³³. La afirmación ilustra claramente la problemática de considerar a “lo político” o la “finalidad política” como la motivación de los ataques por parte de grupos terroristas. La finalidad perseguida por el atacante es considerada por BUENO ARÚS como un “saco sin fondo en que caben diversas valoraciones de la actitud mental del sujeto”²³⁴.

Para poder clarificar la cuestión, consideramos de especial importancia que el terrorismo tenga un ingrediente táctico, como lo menciona DE LA CORTE IBÁÑEZ, al establecer que es pensado estratégicamente como una forma de acción política²³⁵. En este sentido la finalidad del terrorismo implica un cambio de paradigma en el sistema de expectativas como estrategia.

Para otros sectores de la doctrina, el terrorismo es un medio de control político²³⁶. Conforme a este punto de vista, el fenómeno puede ser concebido como un instrumento de control político, ya sea desde el Estado hacia la sociedad o desde los criminales hacia la estructura gubernamental. Asimismo puede ocurrir que las organizaciones criminales utilicen el terrorismo como medio de control de ambas entidades sociedad y gobierno, como sucede en el caso de la piratería en países como Somalia²³⁷. A pesar de que la piratería persigue fundamentalmente motivaciones de carácter económico, es innegable que en los últimos años este fenómeno ha mutado y se

²³⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 89.

²³¹ SAVATER, Fernando, *Perdonen las molestias*, op. cit., pág. 266.

²³² “La insularidad del “yo”, anteponer lo “mío” – “mi nación”, “mi posesión” – a lo “nuestro” ha sido la raíz de innumerables conflictos, desventuras y guerras”, en Federico MAYOR ZARAGOZA, “La cultura de la paz”, en Juan Manuel DEL RÍO MARTÍN (ed.), *La cultura del diálogo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1994, pág. 36.

²³³ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág. 65.

²³⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág. 66.

²³⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 45.

²³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, REUS, Madrid, 2010, pág. 63.

²³⁷ “La anarquía en este territorio, ha llevado a que bandidos y/o milicias somalíes, en una manifestación de la mayor sin razón, atacaran reiteradamente buques que transportaban ayuda alimentaria destinada a la propia población de este país”, en José Manuel SOBRINO HEREDIA, *Piratería y terrorismo en el mar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco 2009, pág. 95.

ha contaminado con elementos de naturaleza política y religiosa, lo que hace difícil establecer la línea divisoria entre piratería y terrorismo²³⁸. El tema del terrorismo también plantea importantes conflictos en materia de jurisdicción y competencia, de tal suerte que ha generado una serie de normas de derecho consuetudinario análogas al combate a la piratería para su represión, especialmente en casos donde se ponga en jaque la seguridad de aviones o navíos²³⁹.

Es interesante el tema que la doctrina denomina como “para-piratería” o “piratería por analogía” que es terrorismo marítimo motivado por cuestiones políticas, nota diferenciadora frente a la piratería tradicional²⁴⁰. A pesar de ello, volvemos al punto inicial de no saber a ciencia cierta en qué consiste dicho “objetivo político”.

Compartimos la idea de que el terrorismo rompe y contradice al fenómeno democrático²⁴¹. La violencia y la intimidación resultan ser acontecimientos diametralmente opuestos a dicha forma de organización social y política. La democracia si es entendida como la forma de ejercer el poder por parte del pueblo, implica una fuente de valorizaciones sobre la forma de gobernar que se traducen de forma palpable en la institución de los Derechos Fundamentales²⁴².

Para MERLOS, el terrorismo en cuanto a su característica política busca la destrucción o transformación del Estado en general²⁴³. El mismo autor considera la existencia de un terrorismo de corte apocalíptico donde se persigue la destrucción absoluta del Estado, mediante la utilización de armas de destrucción masiva y bajo directrices estratégicas como eje de ataque²⁴⁴. La literatura explora, recientemente, el empleo de armamento radioactivo en una categoría denominada terrorismo nuclear²⁴⁵.

A pesar de que la mayoría de la doctrina ha establecido que el terrorismo contiene una finalidad política, hay algunos autores, -como los que hemos expuesto- que prefieren tomar dichas afirmaciones bajo ciertos matices. El terrorismo indudablemente tiene un ingrediente político, pero éste es difícil de encuadrar porque se contamina con cualquier tipo de categorías. Solamente estimando a la política como un todo absoluto que envuelve al Estado sería posible aceptar tajantemente la finalidad política de la actividad antijurídica.

Al terrorismo hay que considerarlo como un mecanismo violento orientado a la modificación de las expectativas establecidas por el subsistema Derecho. De esta manera es posible separar con mayor facilidad el subsistema político del subsistema

²³⁸ SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo*, op. cit., pág. 97.

²³⁹ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 125.

²⁴⁰ SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo*, op. cit., pág. 109.

²⁴¹ AA.VV, *El periodismo audiovisual frente al terrorismo*, Universidad Internacional MENÉNDEZ PELAYO, Santander, 2002, pág. 18.

²⁴² GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El Derecho penal frente al terrorismo*, Producció del Servei de Comunicació i Publicacions Campus del Riu Sec, Castelló de la Plana, 2005, págs. 38-39.

²⁴³ MERLOS, Alfonso, *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pág. 28.

²⁴⁴ MERLOS, Alfonso, *Al Qaeda*, op. cit., págs. 28-29.

²⁴⁵ “Hasta el día de hoy y según fuentes abiertas, los terroristas chechenos son los únicos que han llegado a fabricar un artefacto de dispersión radiológica (RDD) del tipo «bomba sucia» (...)”, en René PITA / Oscar NOGUÉS, “Inteligencia NQB: La amenaza del terrorismo nuclear”, en *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 6, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, pág. 167.

Derecho. Ello permite elaborar un análisis más depurado para la determinación de las finalidades tratadas por la literatura. Separando los subsistemas se abre la posibilidad de un estudio armónico y ordenado acerca de la finalidad política del terrorismo y podremos constatar el verdadero nivel de enemistad desarrollado por las agrupaciones terroristas en contra de la sociedad.

II.- Terrorismo como sistema modificador de expectativas

Como se ha establecido anteriormente, en el fondo, lo que el argumento terrorista planeta, en cualquier aspecto del fenómeno, es el cambio en las expectativas en las que se encuentra inmersa la sociedad. Esta temática ha de ser desarrollada a continuación desde la perspectiva de la Política y luego del Derecho.

A) La Política

BUENO ARÚS afirma que la Política es la forma a través de la cual la sociedad accede a los objetivos que desea alcanzar y que son determinados por todas las ramas del conocimiento, entre ellas naturalmente, el Derecho²⁴⁶. Para ANTAKI la Política es arte, la vida política es el arte del Derecho²⁴⁷ Para efectos de nuestra investigación a continuación se llevará a cabo una aproximación a la Política desde un punto de vista sistémico.

En el mundo social las personas se organizan mediante ámbitos de administración. La cultura se encuentra dividida en subsistemas que han de comprenderse como segmentos de realidad bajo un contexto funcional integral. En otras palabras, cada uno forma parte de un sistema general. La vida cultural se encuentra dividida en subsistemas y dos de ellos -que son los que nos interesan para efectos de esta investigación- son el subsistema Política y el subsistema Derecho: ambos clausurados operativamente.

En un sistema cerrado, el entorno²⁴⁸ no tiene ningún significado o lo tiene únicamente en puntos de conexión específicamente determinados²⁴⁹. “La diferenciación no es otra cosa que la repetición de la diferencia entre sistema y entorno”²⁵⁰. De esta manera los sistemas no se confunden gracias a que cada uno realiza operaciones auto reproductivas particulares y bajo códigos distintos. Este fenómeno sucede con el sistema político, que como tal, ha de cumplir con todas las exigencias de la teoría de los sistemas, y la Política ha de ser entendida como fenómeno diferenciado dentro de la

²⁴⁶ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág.46.

²⁴⁷ ANTAKI, Ikram, *El pueblo que no quería crecer. Polibio de Arcadia*, Editorial Planeta, Ciudad de México, 2012, pág.130.

²⁴⁸ A modo de ilustración “Nos concentraremos en la teoría de LUHMANN, en lo siguiente: si el sistema nervioso es un sistema operativamente clausurado que entra en contacto con el entorno únicamente cuando este se vuelve un factor que estimula las estructuras propias de un sistema (...)” en Javier TORRES NAFARRATE, *Luhmann: la Política como sistema*, Fondo de Cultura Económica Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2004, pág. 22.

²⁴⁹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, traducción de Silvia PAPPE / Brunhilde ERKE, bajo la dirección de Javier TORRES NAFARRATE, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, Pontificia Universidad Javeriana, Antropos Editorial, Barcelona, 1998.pág. 31.

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 31.

sociedad pero sin ser disociado de la misma²⁵¹. La Política es autorreferente, se auto observa. No obstante, también es posible llevar a cabo este proceso desde afuera, en un proceso de heteroobservación; socioobservación²⁵². La creación de sistemas, aunque sea en un nivel de complejidad mínimo, no es otra cosa que el hecho de establecer límites²⁵³. Ello aunque exista una relación de estímulo muchas veces entre entorno y sistema²⁵⁴.

La mundanidad en su totalidad se podrá comprender como un proceso de diferenciación (cuando hay diferencia se puede hablar de sistemas) entre entorno y sistema²⁵⁵. El proceso de diferenciación se lleva a cabo frente a sistemas que forman parte de la sociedad o frente a aquellos que no lo son.

El terrorismo, como se ha venido sosteniendo, se especializa comunicativamente en el establecimiento de nuevas expectativas con la finalidad de eliminar las previamente establecidas. En este sentido habrá de especializarse en el sistema que será atacado. En la actualidad la Política no configura el modelo de conducta del ser humano sin negar la existencia del sistema político, sino que dicha estructura ocupa un mismo nivel que todos los demás subsistemas²⁵⁶. Los modelos de orientación se encuentran establecidos por expectativas en sociedad, para que los sujetos de acuerdo a su rol, se comporten de tal o cual manera. La Política permite que el Derecho pueda florecer en sociedad.

LUHMANN en su Sociología del sistema político, explora a la Política como un sistema que es independiente de la sociedad moderna²⁵⁷. En este sentido para el sistema político, clausurado operativamente y autorreferencial, el vehículo comunicativo es el poder y su función va orientada hacia la vinculación de la colectividad²⁵⁸. Si esto lo relacionamos con la forma en la que operan la gran mayoría de los grupos terroristas, nos podremos percatar de que cada organización posee, además del brazo armado, un brazo político, por ejemplo partidos políticos de corte comunista o anarquista. De esta forma tendrán la posibilidad de enfrentarse a los partidos políticos que compiten para cerrar una pinza sistémica por un lado desde la Política y por otro a través de la generación de terror hacia la población con la finalidad de substituir las expectativas. El terrorismo organizado se encuentra enfocado hacia la desorientación y la segregación de la sociedad. La polarización de las personas implica vulnerabilidad para el sistema político.

Naturalmente esto sucede en el delito de terrorismo. El delito ignora el sistema de expectativas y plantea comunicativamente un mundo paralelo de normas. Esto puede corroborarse a través de los manifiestos de las organizaciones terroristas y los móviles ideológicos que las sustentan. Aunque en apariencia se muestren como móviles políticos, en realidad persiguen el cambio en la mentalidad de la sociedad y por ende el establecimiento de nuevos modelos de orientación. En otros términos, la vulneración de la vigencia del poder constituido descompone el régimen democrático de un Estado.

²⁵¹ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 73.

²⁵² TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 18.

²⁵³ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 21.

²⁵⁴ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 23.

²⁵⁵ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., págs. 26-27.

²⁵⁶ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 45.

²⁵⁷ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 46.

²⁵⁸ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., págs. 48-49.

Para otros sectores doctrinales, el problema del terrorismo ha de resolverse por medio de la política criminal a través de la voluntad de la mayoría, donde la norma es establecida anteriormente como un símbolo comunicativo de esa voluntad democrática y mayoritaria²⁵⁹. Por ello el terrorismo ha de actuar a través de la violencia, irrumpiendo con lo establecido por la propia sociedad. El terrorismo es un medio de comunicación.

Resulta interesante el análisis elaborado por la doctrina acerca del concepto denominado “el sistema político de la sociedad”, de la cual se desprenden dos consideraciones: la primera atiende al carácter sistémico de la Política y la segunda en que la Política ha de considerar como marco referente a la sociedad²⁶⁰. En otras palabras: “El sistema político es un fenómeno de diferenciación interno a la sociedad”²⁶¹. A pesar de estas afirmaciones, consideramos que debe quedar muy en claro el hecho de que el terrorismo ataca al sistema normativo que corresponde al subsistema Derecho que se fundamenta en las expectativas sociales. La sociedad ha de considerar al terrorismo como un ataque reprochable. En este mismo sentido, el Derecho ha de garantizar el mantenimiento de las expectativas que se han considerado como fundamentales el mantenimiento de la vida en sociedad²⁶².

El desarrollo de la teoría de los sistemas ha buscado siempre la especialización en cuanto a reparto de funciones que se deben de llevar a cabo por cada uno de los subsistemas. La función de la Política es llevar a cabo el mantenimiento de la potestad de tomar decisiones que vinculen colectivamente, donde dicha relación colectiva ha de referirse a que las decisiones políticas han de estar libres de cualquier cuestionamiento que las ponga en duda²⁶³.

Como hemos venido reiterando, la mayoría de la doctrina considera al delito de terrorismo como una conducta orientada hacia una finalidad política. Sin embargo, hemos visto que lo que se vulnera es el sistema de expectativas sociales en las que se fundamenta la vigencia de la norma jurídica. También consideramos que el terrorismo vulnera el poder como vehículo comunicativo de la Política a través de la modificación de expectativas sociales. Este fenómeno se presenta debido a que, en un Estado no dictatorial, el poder ha de emanar del pueblo que por las vías democráticas e institucionales transmite a los organismos que operan con el poder las expectativas que son consideradas como esenciales para poder vivir. *Sin embargo, si se ataca al sistema de expectativas y al mismo tiempo al poder, se vulnera todo el sistema cultural porque la base normativa sobre la que descansa y que es fundamento de las decisiones políticas se pone en duda.*

Si una organización terrorista con fines separativo-nacionalistas genera aceptación de sus pretensiones por parte de la población a través del amedrentamiento o convencimiento de la misma, entonces aquellas decisiones que sean tomadas por la Política que a su vez no estén de acuerdo con el nuevo paradigma impuesto por la organización terrorista y que se han transmitido a la población, serán rechazadas

²⁵⁹ ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo José, *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Serie de libros de investigación jurídica Unidad Editorial Universitaria UNHEVAL, Perú, 2010, pág. 59.

²⁶⁰ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 73.

²⁶¹ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 73.

²⁶² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. edic., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág.45.

²⁶³ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág.143.

contundentemente y será puesto en duda el sistema político por ya no coincidir con lo que la sociedad demanda. Por ello, el asesinato de miembros de la guardia civil o de funcionarios españoles es una táctica frecuente, ya que éstos no son bienvenidos por la ideología, miembros de la organización y parte de la población del territorio en conflicto. El terrorismo impone la norma del asesinato²⁶⁴.

La Política ha de servir como sistema rector de las decisiones del Estado. Sin embargo, ha de relacionarse íntimamente con el Derecho para poder funcionar. En este sentido cuando una decisión política es contraria a Derecho, se presenta una defraudación que puede constituir delito. La revolución implica un cambio político llevado a cabo por vías alternativas cuestionables²⁶⁵. En el mismo sentido ha de considerarse al terrorismo. En este contexto la política deberá de actuar de forma cuidadosa en el combate. El endurecimiento del régimen político también puede ser fuente de terror que culmine con dos extremos antagónicos armados, el represor y el reprimido²⁶⁶.

B) Cuestionamiento del poder político a través del terrorismo

El sujeto que lleva a cabo un delito plantea un mundo alternativo al socialmente construido sobre una base normativa, de tal suerte que el conjunto de normas establecido es puesto en entredicho²⁶⁷. El terrorismo en relación a los operadores democráticos formales, dígase, los órganos de gobierno, no es la excepción. Incluso parte de la doctrina considera que la delincuencia organizada busca la obtención de objetivos políticos que se traducen en “poner o imponer a la autoridad”²⁶⁸. Ello en razón a que la Política ha de llevar a cabo su operación como sistema a través del poder y si el poder es atacado, entonces el sistema se queda sin medio de operación. Es como un vehículo automotor al que se le quitan las ruedas o un avión sin alas. Simplemente la Política no puede funcionar sin el poder. Esto no quiere decir que el sistema político sea el continuo ejercicio del poder de forma recurrente como operación sistémica²⁶⁹.

El poder ha de entenderse como un medio de comunicación simbólico generalizado²⁷⁰. Si se considera al terrorismo como vehículo de un mensaje comunicativo, se estará en presencia de un conflicto de comunicaciones entre el poder político y el terrorismo. Es un conflicto donde participan por un lado los ciudadanos a través de sus representantes y por el otro la organización criminal. La representación ha de ser entendida en los términos de WEBER como “la acción de determinados miembros de una organización (los representantes) se les imputa a los restantes miembros o es considerada por éstos como “legítima” y vinculante sobre sí mismos”²⁷¹. De tal suerte que el terrorismo se contrapone a lo elegido por los ciudadanos y por ende a las

²⁶⁴ FROMKIN, David, “Die Strategie des Terrorismus” en Manfred FUNKE (ed.), *Terrorismus. Untersuchungen zur Struktur und Strategie revolutionärer Gewaltpolitik*, ADTG, Bonn, 1977, pág. 89.

²⁶⁵ GIDDENS, Antony, con la colaboración de Karen BIRDSALL, *Sociología*, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, 4ª. edic., Alianza Editorial, Madrid, 2004, pág. 560.

²⁶⁶ ANTAKI, Ikram, *El pueblo que no quería crecer*, op. cit., pág. 130.

²⁶⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma”, op. cit., pág. 62.

²⁶⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4ª. edic., Porrúa, Ciudad de México, 2005, pág. 10.

²⁶⁹ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 153.

²⁷⁰ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 99.

²⁷¹ WEBER, Max, *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, traducción de Joaquín ABELLÁN, Alianza Editorial, Madrid, 2007, pág. 208.

entidades que operan el poder otorgado por la propia ciudadanía mediante los canales democráticos correspondientes. El poder y su ejercicio han de ser considerados como el producto de un proceso sociológico que permite que la conducta de las personas sea desarrollada ordenadamente²⁷². Para PARSONS el poder político es un medio de aseguramiento del cumplimiento de las obligaciones que existen entre los miembros de la sociedad²⁷³. En el caso de un Estado, su principal obligación es la de brindar seguridad a sus integrantes, por ello ha de enfrentarse al fenómeno delictivo. Un ejemplo de este conflicto jurídico se presenta a través de la positivación de expectativas de convivencia social que han de plasmarse en una Ley escrita. Esto es lo que la doctrina denomina validez formal de la Ley, misma que se da por los canales constitucionales y legales correspondientes²⁷⁴.

Una vez positivadas las expectativas, tenemos entonces que su vigencia será considerada como un bien jurídico-penal²⁷⁵. Dicha materialización es uno de los procesos operativos dentro del poder, en otras palabras, la positivación de las expectativas es la demostración sobre la existencia de un poder que lo posibilita por voluntad de los sujetos que han otorgado esa potestad a sus representantes. Al quedar plasmada una norma en la Ley, se emite un mensaje comunicativo que demuestra la existencia del Estado y su soberanía. Si esto no fuese de esta manera, cada sujeto podría crear su propia legislación y actuar como le viniera en gana. De hecho, este tipo de razonamientos son el fundamento más primitivo de los grupos anárquicos que posteriormente han degenerado en radicalismos violentos o terroristas.

Para poder ilustrar este fenómeno, pensemos en los desplantes llevados a cabo por etarras ante la Audiencia Nacional como en el caso de Xavier GARCÍA GASTELU “Txapote” o el de Iñaki BILBAO que incluso llegó a amenazar de muerte a uno de los magistrados de dicho órgano jurisdiccional. En estos casos no hay un reconocimiento por parte de la autoridad y por ende no existe el mínimo respeto, sino que los sujetos actúan conforme a su libre voluntad. Esta es una manera también de emitir un mensaje comunicativo, que por cierto también es constitutivo de delito (amenazas). De esta manera, se pone de manifiesto que el delito, y en concreto el terrorismo, no es un suceso natural, sino un acontecimiento social plagado de sentido²⁷⁶. El sentido que expresa el terrorista es el no reconocimiento de la autoridad como válida. En cierta medida cualquier persona puede pensar que la autoridad o acto de autoridad carece de validez, ello en principio es parte del ejercicio de la libertad de pensamiento. Cada uno puede pensar lo que quiera porque los pensamientos no delinquen. El problema es cuando el aspecto sobre la validez hacia la autoridad se traduce en actos materiales que plantean cuestionarla a través de la violencia. La autoridad en un Estado democrático puede ser puesta en duda por muchos canales, siempre y cuando sean los establecidos por el sistema de expectativas sociales. La violencia cuestiona la autoridad al margen de los canales democráticos y por ende de forma paralela al camino trazado por la sociedad.

²⁷² TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 94.

²⁷³ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 98.

²⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma”, op. cit., pág. 65.

²⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 45.

²⁷⁶ QUINTERO, María Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, ARA Editores, Lima, 2010, pág. 91.

El poder es un “medio simbólico generalizado” para el mantenimiento de la sociedad²⁷⁷. El poder es una estructura simbólica²⁷⁸. En cuanto al paradigma histórico, y el cambio, el concepto de poder que hoy existe no es el mismo que permeó en la antigüedad porque la sociedad no es uniforme, sino que se encuentra llena de diferentes caminos y tonalidades que la hacen multifactorial, donde el concepto de dominación de una clase o grupo sobre otros ya no puede ser aceptado como primordial y por ende ya no es posible mantener conceptos bajo el amparo del dominio como distintivo de la vida de las relaciones sociales²⁷⁹. Por ello, el medio comunicativo del terrorismo, que es la violencia, carece de legitimación, porque hay otras vías que sí permiten la expresión del sentido dentro de un contexto de paz.

Un ejemplo de ello es el Estatuto para la Autonomía del País Vasco. Dicho cuerpo legislativo concede una de las autonomías más fuertes de toda Europa para los habitantes de esa región y ha sido un logro para la sociedad vasca y para el Estado español.

El enfrenamiento terrorismo-Estado implica confusión comunicativa entre la violencia ilegítima y la legítima. El fenómeno genera como resultado un ambiente de inseguridad en contra de los ciudadanos que proviene de la amenaza²⁸⁰. El terrorismo, en el fondo del conflicto, no es más que una lucha por el poder²⁸¹. Si se cuestiona la Política se cuestionará al Derecho.

Conforme a AUSTIN, las órdenes en la esfera jurídica deberán de emanar de una instancia que sea superior políticamente²⁸². En este sentido la orden no existe si desaparece la instancia política de mayor nivel jerárquico.

Volviendo a la temática sistémica que se explora, es importante recapitular que los subsistemas Política y Derecho son diferentes pero pertenecientes al sistema sociedad²⁸³. Los sistemas han de estar bien delimitados en cuanto son entidades cerradas y autorreferentes. La cuestión se torna algo más compleja cuando se analiza el proceso de producción legislativa que inició en el siglo XIX donde del sistema político comenzaron a emanar las codificaciones europeas²⁸⁴. Los sistemas son diferenciables entre ellos a través de los códigos mediante los cuales llevan a cabo sus operaciones, pero al mismo tiempo dicha diferenciación entre subsistemas no quiere decir que ambos Derecho y Política, no se encuentren relacionados causalmente²⁸⁵.

²⁷⁷ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 99.

²⁷⁸ “Tal como se observa en la actualidad, el poder orientado hacia el sistema de la Política se ha ido desprendiendo de su base material para operar más bien en el ámbito de la comunicación simbólica”, en Javier TORRES NAFARRATE, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 102.

²⁷⁹ TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política*, op. cit., pág. 103.

²⁸⁰ PANEBIANCO, Angelo, *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, traducción de Juan MARCOS DE LA FUENTE, Unión Editorial, Madrid, 2009, pág. 39.

²⁸¹ “Lucha por el poder, conflictos identitarios, *trade off*, entre libertad y seguridad, son aspectos ineliminables de la Política”, en Angelo PANEBIANCO, *El poder*, op. cit., pág. 40. De ahí que la doctrina considere al terrorismo y a la Política como un conflicto.

²⁸² ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de Jorge M SEÑA, 2ªedic., Gedisa Editorial, Barcelona, 2004 pág. 24.

²⁸³ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, con la colaboración de Brunhilde ERKE / Silvia PAPPE / Luis Felipe SEGURA, Herder, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2005, pág. 473.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 486.

²⁸⁵ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., págs. 486-487.

Se ha establecido que el terrorismo es una oposición comunicativa al régimen democrático. Si esto es así, entonces el terrorismo ha de oponerse forzosamente al Estado de Derecho, donde bajo la perspectiva sistémica de LUHMANN, en dicha entidad han de concentrarse el abanico de herramientas políticas y el monopolio de la violencia legítima²⁸⁶. “Desde la perspectiva del Derecho, el Estado de Derecho es la consecuencia de la universal relevancia social del Derecho (o en otra formulación: de la autonomía del Derecho, o de la diferenciación del sistema jurídico)”²⁸⁷. Este razonamiento es de gran importancia para nuestra investigación porque unifica en un mismo concepto el concepto de Estado y que el Derecho es un producto de la evolución social, donde se materializan las expectativas que rigen la vida de las personas. Por ello, el terrorismo, se opone a todo lo social.

Existe conflicto político cuando hay una lucha por la imposición de las normas que han de estimarse como válidas²⁸⁸. En este sentido la organización terrorista al conformarse ha de enfrentarse políticamente frente al sistema normativo aceptado.

El terrorismo pone en entredicho la existencia de la Política atacando al poder como vehículo comunicativo del sistema. Al conformarse la organización terrorista se suscita un enfrentamiento entre Estado y organización por el monopolio del poder. La organización criminal no reconoce la autoridad del poder y por ende no se orienta por la Política.

C) El terrorismo como fenómeno cuestionador de expectativas normativas

A lo largo de nuestra investigación se ha elaborado algún esbozo sobre aquello que es puesto en tela de juicio cuando el terrorismo activa su mecanismo comunicativo-empleo de la violencia- y de su problema frontal con el poder y la Política. Ahora toca el turno de ampliar el fenómeno terrorista como cuestionador de las expectativas normativas que hay en sociedad.

El terrorismo ha de arremeter contra la génesis de la sociedad de tal suerte que habrá de vulnerar la vigencia de la norma que a su vez se fundamenta en el sistema de expectativas y roles sociales.

Las expectativas normativas son aquellos parámetros de conducta que las personas esperan de los demás dentro de un contexto social determinado. Es una esperanza de comportamiento soportada en los miembros de la sociedad que posibilita desplegar la personalidad libremente. Las expectativas son una demostración de la juridicidad absoluta de la sociedad. La normativización de la vida se desarrolla todos los días en las distintas sociedades del mundo. El Derecho ha de entenderse como aquello que es considerado como lo socialmente correcto²⁸⁹. Por ello la confrontación del

²⁸⁶ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 488.

²⁸⁷ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 489.

²⁸⁸ ALEXY, Robert, *El concepto y la validez*, op. cit., pág. 91.

²⁸⁹ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2008, pág. 14.

terrorismo con el subsistema Derecho ha de comprenderse desde la perspectiva de su vigencia, en otras palabras, un cuestionamiento sobre la vigencia de la norma.

Dentro de la sociedad existen infinidad de expectativas de comportamiento donde de todo un mundo de expectativas habrá que elegir el valor de dicha esperanza conforme al tipo de operación que se lleve a cabo dentro del sistema²⁹⁰ Desde la óptica de PIÑA ROCHEFORT en sus estudios sobre LUHMANN, la columna vertebral de la sociedad son las expectativas²⁹¹.

El delito como fenómeno que se gesta dentro de la sociedad pero que la contradice, es todo lo opuesto a la sociedad. Sin embargo, no todos los delitos han de ser considerados de la misma gravedad en cuanto a su cuestionamiento de la estructura social. De esta manera, el poder de contradicción normativa no será el mismo en el caso de una injuria que en un genocidio, en un robo o la constitución de una organización criminal. Esto quiere decir que la defraudación a la sociedad ha de variar conforme al delito de que se trate. De esta manera el sentido de la privación de la libertad no será el mismo para un terrorista que para otro tipo de delincuentes, debido a la evidente peligrosidad del primero de ellos²⁹². Ante esta panorámica, la dogmática bajo la perspectiva funcionalista ha de estimar el incremento del riesgo y la lesión al bien jurídico (y a la seguridad cognitiva) para determinar la culpabilidad del sujeto, de acuerdo a los estándares de incremento de riesgo y demás vectores de la imputación objetiva.

El Estado entonces habrá de reaccionar veloz y eficazmente mediante una respuesta contrafáctica, en otros términos, actuar por medio de la pena²⁹³. Ante esta situación existe una interdependencia entre sociedad y norma jurídica. El Derecho ha de servir como reflejo de aquellas máximas que se consideran indispensables para el desarrollo de la vida en sociedad²⁹⁴. El hecho de hablar de sociedad significa indudablemente hablar de normas²⁹⁵. En el caso del terrorismo, esto no sucede. Las normas que determinan la forma en la que ha de desarrollarse la sociedad carecen de relevancia, ya que para ellos existen un conjunto de directrices que poseen mayor valor frente a lo que la mayoría elegido democráticamente como válido. El terrorismo es una especie de egoísmo normativo, donde sólo el “yo” ideológico de la organización tiene validez frente a la mundanidad de las normas circundantes. JAKOBS dando un aparente golpe de timón estima que el Derecho penal de combate al terrorismo busca el hecho de poder garantizar la seguridad que el del mantenimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico²⁹⁶. Tal afirmación ha de comprenderse como una manera de diferenciar el combate al fenómeno delictivo común y la lucha en contra de enemigos, desde una

²⁹⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., págs. 108-109.

²⁹¹ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 121.

²⁹² JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 83-84.

²⁹³ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996, págs. 17 y ss.

²⁹⁴ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit. pág. 24.

²⁹⁵ “Puesto que se trata de la configuración y no de la constatación de un estado, la identidad de la sociedad se determina por medio de las reglas de la configuración, es decir, por medio de normas, y no por determinados estados o bienes”, en Günther JAKOBS *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 26.

²⁹⁶ Cfr. JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 85.

perspectiva funcionalista. De esta interesante temática no hablaremos más en este momento ya que en el futuro se llevará a cabo el análisis pormenorizado del Derecho penal del enemigo como sistema legitimado y necesario de respuesta al terrorismo. Sea como fuere, consideramos que cualquier manifestación del mecanismo punitivo estatal nunca podrá abandonar el carácter comunicativo-asegurador de expectativas que se manifiesta por medio de la pena.

La sociedad como génesis del sistema de comunicaciones normativas, ha de desarrollarse mediante la interacción de las personas. El Derecho ha de ser para aquellos que son considerados como personas en Derecho²⁹⁷. “Sin procesos de comunicación no se ganarán sujetos libres”²⁹⁸. Las organizaciones terroristas así como cuestionan el poder como medio comunicativo de la Política, también buscan poner en tela de juicio la expectativa como modelo de orientación (comunicación) de la sociedad. La actividad terrorista quiere comunicarse, pero lo hace de manera defectuosa

El sentido comunicativo defectuoso de la actividad terrorista es manifiesto. Para LAMARCA PÉREZ “WÖDERMANN ha insistido particularmente en *este género* de terrorismo como una forma de violencia comunicativa o simbólica”²⁹⁹. Sin embargo, estimamos que cualquier clase de terrorismo contiene dicho valor simbólico.

¿Qué significa la comunicación? LUHMANN trata de la llamada “metáfora de la transmisión”. “se dice que la comunicación transmite noticias o información del emisor al receptor. Intentaremos arreglárnoslas sin esta metáfora, ya que nos estorba para ciertas decisiones problemáticas.”³⁰⁰ Es importante también conocer previamente y desde la óptica de la teoría de los sistemas el concepto de información. A partir de las opciones que tiene el emisor, éste elige la más idónea y la transmite, por ello es un seleccionador de elementos comunicativos³⁰¹. Entonces, de lo anterior se va desprendiendo que el terrorista escogerá, dentro de la gama de posibilidades conductuales, la información que más le convenga transmitir, en otras palabras, la de mayor poder desestabilizador para los fines de la organización.

La fase de transmitir se traducirá en un proceso de libertad y, si se decide comunicar, la información deberá de poseer sentido, un sentido opuesto a la norma. La información se mueve dentro de una mundanidad con sentido, la comunicación posee validez y comprensión en el mensaje que lleva y el acto de comunicar es libre³⁰². Pero dicha libertad desde la perspectiva funcional no puede considerarse como tal. El fenómeno debe ser considerado como un libertinaje normativo-comunicativo. Esto se debe a que el acto de comunicar puede ser válidamente entendido y transmitido como respetuoso del sistema de expectativas o no. En el caso de las organizaciones terroristas la comunicación es irrespetuosa y libertina, ya que escoge el mensaje más lesivo para la sociedad.

²⁹⁷ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 82.

²⁹⁸ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 33.

²⁹⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 90. En palabras de WÖDERMANN, “Un grupo usa métodos terroristas para tratar de sacar al enemigo de la reserva y llevarlo a un exceso de reacción, el terrorismo es, por tanto, considerado un tipo ideal, una táctica o estrategia de la aceleración de conflictos”, en Peter WALDMANN, “Die zeitliche Dimension”, op. cit., pág. 149.

³⁰⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 141.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 142.

³⁰² LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 143.

La desautorización de la norma busca vulnerar todo el edificio jurídico. Por ello la norma jurídica es una categoría de tal importancia que sin ella se pondría en entredicho la existencia misma del Estado. De esta manera, en palabras de un clásico de la dogmática penal, Armin KAUFMANN: “El efecto de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida”³⁰³.

En resumen, las acciones terroristas, comunican la irreverencia del conjunto de expectativas normativas fijado por las personas en sociedad, buscando imponer una nueva concepción del mundo normativo. Las personas tienen el derecho a sentirse seguras de que la defraudación a las expectativas durante los contactos sociales, será excepcional. De otra manera la persona no podría desarrollar su personalidad libremente. El sujeto puede actuar en sociedad con la seguridad calculada de que serán respetadas las expectativas, en esto consiste la seguridad jurídica, de esta manera existe de antemano una confianza en que la conducta de los demás será conforme a Derecho³⁰⁴.

El evento terrorista no se detiene en el momento en el que ya se ha llevado a cabo la acción, sino que se corre un riesgo mucho mayor que es común en las desautorizaciones de la norma a través de vehículos comunicativos delictivos. El riesgo que se corre es de una expansión comunicativa negadora de la vigencia de la norma³⁰⁵.

El problema es que la desautorización, comunicativamente, pase de ser una excepción a considerársele como lo aceptable comúnmente³⁰⁶. Si esto es así, entonces el terrorismo no es un sin sentido, sino que por el contrario tiene un enorme sentido comunicativo³⁰⁷ negador de la realidad normativa aceptada por todos los integrantes de la sociedad y que naturalmente persigue fines políticos concretos.

El delito es una confrontación entre el individuo y la sociedad, donde hay una negación al orden normativo vigente se exhorta a los demás miembros a hacer lo mismo³⁰⁸, esto es justamente lo que sucede con el terrorismo, fenómeno que es constatable desde la perspectiva sistémica como desde la realidad fáctica. El poder de dicho exhorto para delinquir y construir un nuevo mundo de expectativas, es muy poderoso en delitos que se fundamentan sobre pilares con elevado contenido ideológico. Ello se debe a que la ideología y la violencia se encienden y corren comunicativamente muy rápido entre los miembros de la sociedad. Desde nuestro punto de vista, ésta es una de las razones por las que por cuestiones de política criminal, en España son constitutivas de delito las acciones de apología del terrorismo.

El Derecho mantiene la estructura del Estado democrático, que se encuentra en un directo enfrentamiento con el terrorismo y la violencia. Lo que resulta paradójico es

³⁰³ KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción de Enrique BACIGALUPO / Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977, pág. 13.

³⁰⁴ REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, traducción de Gregorio ROBLES MORCHÓN, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981. Pág. 162.

³⁰⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, pág. 235.

³⁰⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 235.

³⁰⁷ “(...) una comunicación defectuosa no es capaz de poner en tela de juicio la vigencia de las normas. Sólo una comunicación perfecta es capaz de hacerlo” en Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 235.

³⁰⁸ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 236.

que muchas veces son los propios terroristas y sus seguidores los que empuñan la bandera de la democracia como estandarte de sus reclamos³⁰⁹. Para la ideología de la organización terrorista, sus miembros son luchadores sociales victimizados por un régimen opresor³¹⁰ ¿qué quiere decir todo este desorden ideológico y moral? Pues nada más que hay un desorden comunicativo, donde el propio fenómeno al carecer de legitimidad, adopta banderas e ideologías que son diametralmente opuestas a sí mismo. Volviendo la cara hacia el sistema, éste realiza sus operaciones bajo el código, Derecho/no Derecho³¹¹ y, desde nuestra perspectiva, la organización terrorista también lleva a cabo sus operaciones bajo el código violencia/no violencia donde precisamente la no violencia es la democracia, de tal suerte que el código carece de validez por ser incongruente en sí mismo. Al existir este desajuste sistémico, entonces las operaciones se encuentran viciadas desde el interior del grupo terrorista.

La circunstancia de que el subsistema Derecho posea el código anteriormente mencionado, posibilita identificar aquellas comunicaciones que son ajenas al sistema y por ende permitirá que este reaccione de manera especializada. El hecho de poder distinguir aquello que forma parte del sistema de aquello que no lo es permite llevar a cabo decisiones que se rigen por los programas del sistema, en otras palabras, por el universo normativo perteneciente al subsistema Derecho³¹².

Una vez que sabemos que la comunicación, en este caso un atentado, o la conformación de una organización terrorista, no forman parte de las comunicaciones que se identifican con el código del sistema sociedad, entonces habrá que medir el grado de vulneración que ha sido producido por dicho mensaje. “Las contradicciones desestabilizan el sistema y hacen patente esta desestabilización de la inseguridad de la expectativa”³¹³. Desde la perspectiva de LUHMANN, el grado de ataque que deberá de sufrir el sistema ha de ser de considerable magnitud para que éste reaccione dentro de sí mismo y hacia el entorno que lo amenaza³¹⁴; la siguiente reflexión de LUHMANN es aplicable perfectamente al fenómeno sistémico que se presenta cuando se da la eventualidad de un ataque terrorista o de la conformación de una organización de esa naturaleza: “(...) hay que ver las contradicciones como disposiciones especiales de la amplificación de la inseguridad; por así decir, la hacen insegura a propósito mediante un análisis que atiende expresamente a la inseguridad o mediante una comunicación contradictoria”³¹⁵. Cuando sucede un evento que atañe al orden del sistema, habrá que reforzar la expectativa siempre y cuando dicha expectativa siga siendo parte y sea deseada por el sistema³¹⁶. Este es el problema del terrorismo. Cada sociedad tiene derecho a modificar sus expectativas conforme al proceso histórico que vaya experimentando, pero el terrorismo comunicativamente ha de hacerlo mediante causas que se salen del juego pacífico del cambio de expectativas. Éstas, las expectativas, funcionan como síntomas de afirmación del sistema mismo³¹⁷, de esta manera se observa si la acción que se encuentra en él, va conforme o no a las pautas elaboradas por

³⁰⁹ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág.55.

³¹⁰ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág. 56. En el mismo sentido Luis DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica*, op. cit., pág. 345.

³¹¹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 149.

³¹² LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 202.

³¹³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 332.

³¹⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 332.

³¹⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág.333.

³¹⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág.332.

³¹⁷ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 200.

el mismo³¹⁸. El Derecho al estar clausurado operativamente garantiza su función³¹⁹, que en este caso será el de mantener el sistema de expectativas vigente ante el cuestionamiento de la vigencia de la norma, aunque dicho cuestionamiento se haga por medios delictivos como el terrorismo.

El sistema ha de considerar válidas aquellas acciones que emanen de personas, que se comporten como tales. Dichas comunicaciones, a diferencia del delito, estarán conforme a el sistema de expectativas y dentro del código Derecho/ no Derecho. Las palabras de HEGEL “se persona y respeta a los demás como personas” es el enunciado que comunicativamente permea al interior del sistema Derecho.

Volviendo a la perspectiva sistémica, la comunicación defectuosa afirma las condiciones de existencia del propio sistema, es una forma de realizar operaciones autorreferenciales³²⁰. Por ello nos sumamos a estas consideraciones y añadimos que el cuestionamiento de las expectativas, en un nivel bajo, resulta saludable para el propio sistema. Es como lo que sucede con el sistema inmunológico del ser humano: cada vez que éste se pone a prueba, se va perfeccionando y adiestrando en el combate de aquellos elementos que son ajenos y dañinos para él mismo.

La cuestión es muy delicada en cuanto a la posibilidad de establecer hasta dónde hay un cuestionamiento de expectativas que pueda considerarse como sano. La respuesta puede estar en la forma en la que las mismas son cuestionadas, por ejemplo: si en un país cierta parte de la sociedad pone en tela de juicio la validez de una elección presidencial, la parte inconforme del conglomerado podrá impugnar las elecciones a través de causas electorales, realizar protestas públicas, manifestaciones, publicaciones, conciertos, conferencias y demás actividades para manifestar su descontento. Lo que es muy diferente a si la misma parte de la sociedad se agrupa y se radicaliza para intimidar a través de la violencia extrema a la parte de la sociedad que tiene intereses opuestos para que se vuelva a repetir el ejercicio electoral. En resumen, el cuestionamiento de las expectativas es válido e incluso saludable, si se lleva a cabo dentro del código Derecho y sus operaciones.

III.- Terrorismo y medios de comunicación masiva

Hasta ahora nos hemos abocado al estudio del fenómeno terrorista y su vinculación con el concepto de comunicación desde una perspectiva meramente normativista. Para esta de investigación resulta importante explorar la temática relativa a la relación que existe entre los medios de comunicación masiva y la actividad de los grupos criminales terroristas desde un *prima* distinto al de la comunicación en su sentido puramente sistémico.

Si bien es cierto que el perfil de nuestro trabajo es funcional normativista, también lo es que los medios de comunicación han jugado en la actualidad un papel fundamental como vehículo comunicativo del terror para el gobierno y la sociedad, por lo que dicha realidad no puede ser ignorada.

³¹⁸ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 200.

³¹⁹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 200.

³²⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág.330.

En la STS 14/2006, de 31 de marzo, se pone de manifiesto el tipo de discurso utilizado por los terroristas “(l)a concejal del Partido Popular en el Ayuntamiento de Llodio (Álava), Doña Alejandra, recibió en su domicilio un sobre postal abierto, con sello y sin matasellar, pero que en su anverso tenía grabado un tampón con el sello oficial de las dependencias de correos (...). En las postales manuscritas se podían observar unas manchas de color rojo, imitando gotas de sangre; en si anverso de la postal aparecía la Leyenda: Euskal Presoak, y un candado en el que constan las siglas de los partidos políticos PSOE, PNV, PP, UPN, DV y los medios de comunicación El Mundo, ABC, El País, Spain (...)”.

La cuestión que se ha puesto sobre la mesa resulta difícil para estimar hasta dónde el medio de comunicación cumple con su rol de informador y cuando comienza a ser utilizado como un vehículo de promoción por parte de las organizaciones terroristas. Para la doctrina, la balanza se ha inclinado a favor del trabajo libre de los medios, salvo en casos determinados en los que Derechos Fundamentales de la persona se vean amenazados³²¹. Dicha situación que siempre se encuentra presente con el terrorismo; por ello desde nuestra perspectiva el debate no es sencillo de solucionar.

Pensemos en la utilización que hacen todo tipo de organizaciones terroristas de los medios de comunicación, desde el correo postal hasta el internet. En referencia a la red, con un par de frases en algún popular buscador es posible, en cuestión de pocos minutos, acceder a infinidad de videos de propaganda, amenazas y demostraciones de crueldad por parte de grupos delictivos poderosos en todo el mundo. En palabras de SCHNEIDER, nos encontramos inmersos en una sociedad orientada hacia los medios de comunicación³²² y muchas de nuestras decisiones cotidianas se ven en mayor o menor medida influidas por éstos.

Los medios le sacan provecho a toda información que posea contenido delictivo, sin que esto sea nada nuevo, y tiene de trasfondo un complejo entramado de identificación entre el ciudadano y lo “normal” de la sociedad así como la satisfacción de no ser parte de los delincuentes. Lo anterior conforme a los estudios de REIWALD y OSTERMEYER³²³.

En una opinión no libre de algunas consideraciones críticas, KUPPERMAN afirma que los medios de comunicación coadyuvan al desarrollo del acto teatral que implica el evento terrorista y de esta forma son utilizados y puestos como entidades antagónicas de la democracia³²⁴. Los medios de comunicación tienen la obligación de transmitir los sucesos que se presentan en la realidad histórica, situación que inevitablemente los terroristas utilizan para expandir su mensaje antijurídico. Naturalmente esto no significa que los medios sean responsables o coadyuvantes de las organizaciones en sentido estricto. Tampoco quiere decir que los medios tengan la obligación de matizar la

³²¹ AA.VV, *El periodismo*, op. cit., pág. 11.

³²² SCHNEIDER, Hans Joachim, “La criminalidad en los medios de comunicación de masas” traducción de Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO supervisada por Enrique BACIGALUPO, en *CPC*, núm. 36, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1988, pág. 737.

³²³ SCHNEIDER, Hans Joachim, “La criminalidad en los medios”, op. cit., pág. 737.

³²⁴ KUPPERMAN, Robert H, “La risposte al terrorismo”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria forense*, a cura di Franco Ferracuti, Giufre Editore, Milán, 1988, pág. 284, citado por José GARCÍA SAN PEDRO, *Terrorismo*, op. cit., pág. 105.

realidad o filtrar aquello que debe y lo que no debe ser presentado. Bajo el mismo tenor, los medios de comunicación deben limitar las transmisiones terroristas a lo estricta y brevemente informativo, sin llegar a involuntariamente publicitar los atentados o la conformación de organizaciones terroristas.

La libertad de información, que entra en conflicto directo con la propaganda de los atentados terroristas o conflictos armados en materia internacional, es un Derecho Fundamental³²⁵. Esta temática, relativa a la libertad de información³²⁶, suele entrar en debate también con la libertad de expresión³²⁷ y constituye todo un complejo debate que se encuentra fuera de los límites de la presente investigación. A pesar de ello no deja de ser relevante subrayar que, durante las últimas décadas, el derecho a la libertad de expresión ha sido absolutizado a tal grado que se requiere establecer ciertas delimitaciones importantes. La libertad de expresión no constituye un derecho absoluto, e ilimitado, sino que por el contrario, tiene como barrera limítrofe los derechos de terceros que pueden resultar gravemente perjudicados si este derecho no es regulado e incluso la sociedad en conjunto puede llegar a resultar agraviada³²⁸.

Desde otro prisma, el derecho a la libertad de expresión ha de separarse del derecho a la libertad de información que atañe directamente al rol social que llevan a cabo las empresas periodísticas, mismas que suelen publicitar temas relacionados directamente con el terrorismo.

El concepto de información no se limita a la difusión de noticias, sino que es mucho más amplio³²⁹, de ahí la dificultad en cuanto a su acotamiento. Para otra parte de la doctrina, la diferencia entre la libertad de expresión y la de información, para efectos de este trabajo, ha de ser encontrada en el objeto de cada uno de estos derechos; para el primero corresponden las opiniones, mientras que para el segundo serán las noticias³³⁰. Las noticias además de ser un producto que informa también vende, y en el mundo occidental capitalista en el que nos encontramos, vender es existir. Las empresas suelen encontrarse justo en la línea divisoria entre la promoción de la conducta delictiva y el ejercicio del derecho a la información³³¹.

³²⁵ RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel, “Alcance y límites del Derecho a la libertad de información en los conflictos internacionales”, en Castor M DÍAZ BARRADO / Carlos R FERNÁNDEZ LIESA (coords.), *Conflictos armados y medios de comunicación: Aspectos jurídicos y periodísticos*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 95.

³²⁶ “El Tribunal Constitucional, en sintonía con la definición establecida en el artículo 20.1.d de la Constitución Española, afirma que la libertad de información consiste en comunicar libremente información veraz por cualquier medio de comunicación. El término información, sin embargo, reviste cierta ambigüedad” en Javier CREMADES, *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley, Bilbao, 1995, págs. 68-69.

³²⁷ “El art 20.1 a de la Constitución Española (libertad de expresión y de pensamiento) ampara la facultad de expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción”, en Javier CREMADES, *Los límites*, op. cit., pág. 65.

³²⁸ RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel, “Alcance y límites”, op. cit., pág. 96.

³²⁹ CONESA SÁNCHEZ, Fernando, *La libertad de la empresa periodística*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, págs. 232-235.

³³⁰ BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 17.

³³¹ En México sucede algo muy particular en materia de narcoterrorismo; los cárteles después de ejecutar a una o varias personas y generalmente mutilar al cadáver, suelen dejar mensajes en cartulinas o letreros amenazando a grupos rivales, militares, policías o incluso a la población en general; las empresas periodísticas, principalmente las televisoras y los diarios de circulación local, acuden y toman cuenta de

En las agencias de policía o en los juzgados es común ver agentes de la prensa que buscan sacar la nota más dura como la mejor de ese día, la que generará mayores ventas o *rating* por televisión. Un fenómeno ha sido emblemático en la sociedad estadounidense con la llamada *crime wave*, donde se publicitaban una enorme cantidad de notas con contenido criminal a tal grado que la sociedad, en general, comenzó a considerar las notas criminales como las de mayor importancia³³². El fenómeno descrito ahora sucede en todos los países del mundo. En los medios de comunicación suelen presentarse los crímenes con una frecuencia exorbitantemente mayor a como suceden en la realidad³³³, ampliando el espectro comunicativo del evento delictivo.

Cuando se expone a un miembro de la delincuencia, los medios dotan su discurso de una importante carga moral y llenan la información con adjetivos, así como el hecho de subrayar los antecedentes criminales del infractor o en su caso, la potencial peligrosidad para llevar a cabo eventos delictivos similares en el futuro³³⁴. Esta situación crea un importante efecto psicologizante en el espectador.

La información que se difunde en los medios de comunicación eleva la presión social contra los organismos encargados de la administración e impartición de justicia. Sirve de referencia para los medios, fundamentar dicho apremio sobre esquemas ideológicos con una importante vaguedad, tales como “aquello que demanda la sociedad”³³⁵. En el caso del terrorismo como organización, su regulación ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de los años frecuentemente impulsadas por dicha presión mediática y social que se refleja en discursos plagados de emotividad en la prensa escrita³³⁶. De ahí que el medio de comunicación tenga la obligación de actuar bajo ciertos códigos éticos en cada nota que sea presentada cuyo nivel de impacto sea de considerable relevancia. Ello se encuentra regulado en el llamado Código Europeo de Deontología del Periodismo³³⁷. Pero también el espectador ha de tener el deber de llevar a cabo sus propias consideraciones críticas sobre la enorme cantidad de información que se le presenta y pueda rescatar aquello que le es útil para su desarrollo personal³³⁸.

Desde una perspectiva cuantitativa, la información que se difunde acerca de eventos terroristas puede tener efectos contraproducentes, tendentes a que los

estos hechos para después reproducirlos en los noticieros más escuchados y vistos por los mexicanos, de tal suerte que el mensaje es difundido a millones de personas.

³³² BOTELLA, Joan / PERES-NETO, Luis, “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL, (dir.), *Malas noticias. Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 48.

³³³ BOTELLA, Joan / PERES-NETO, Luis, “La formación”, op. cit., pág. 49.

³³⁴ BAUCCELLS LLADÓS, Joan / PERES-NETO, Luis, “Discurso televisivo sobre el crimen: Los programas especializados en sucesos”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL (dir.), *Malas noticias*, op. cit., págs. 133-134.

³³⁵ GARCÍA ARÁN, Mercedes / PERES-NETO, Luis, “Discursos mediáticos”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL (dir.), *Malas noticias*, op. cit., pág. 164.

³³⁶ Vid. GARCÍA ARÁN, Mercedes y PERES NETO, Luis, “Discursos mediáticos”, op. cit., pág. 165.

³³⁷ BAUCCELLS LLADÓS, Joan / PERES NETO, Luis, “Discurso televisivo sobre el crimen”, op. cit., pág. 144.

³³⁸ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, “Educación y medios de comunicación en una sociedad globalizada”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (dir.), *Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia*, núm. 19, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2001, págs. 163-164.

espectadores se acostumbren y se les haga algo cotidiano el hecho que ocurran estas desafortunadas eventualidades³³⁹.

Hasta ahora se ha abordado la relación que existe entre los medios de comunicación y el terrorismo desde la perspectiva de los propios medios de comunicación. Pero existe también la otra cara de la moneda, que consiste en cómo la organización terrorista utiliza a los propios medios de comunicación como vehículo de comunicación que se difunde fácilmente por toda la sociedad.

El fenómeno terrorista, debido a su enorme contenido ideológico, no se puede permitir caer en el olvido, porque esto ha de representar, no sólo el abandono de la organización por parte de la sociedad, sino el olvido de una ideología. El estruendo de una bomba, el disparo de un arma de fuego, la conformación de una organización son eventos de altísimo impacto que ha de quedar depositados por muchos años (o a veces para siempre) en la mente de víctimas y testigos. La organización no ataca cotidianamente, porque esto representaría un cierto ambiente de costumbre atribuible a la sociedad. Por ello los ataques están cuidadosamente planeados en tiempo y lugar. El terrorista siempre buscará sorprender con su ataque. El terrorismo requiere publicidad³⁴⁰.

El terrorista busca siempre la primera plana en un diario. Las noticias existen porque se dan determinados hechos fortuitos, pero con el terrorismo los términos se invierten y se dan hechos para que necesariamente existan noticias³⁴¹ “Muchos autores hablan y comparan el terrorismo con el teatro. Está pensado para llamar la atención y dirigirla hacia un grupo identificable con unos motivos determinados. El delito así se convierte en una exigencia, en una amenaza, en un mensaje encubierto y en un espectáculo”³⁴².

A tal grado ha llegado la diversificación del terrorismo que es común la presencia del fenómeno en filmes, mensajes SMS y hasta en videojuegos³⁴³, donde aparentemente no ocurre nada, pero en el fondo lo importante es que el evento criminal se encuentra siempre presente. Dichos vehículos de comunicación van dirigidos de forma consciente a un público determinado, en otras palabras, el terrorismo posee modelos de impacto comunicativo que emplea de manera eficiente³⁴⁴.

³³⁹ AA. VV, *El periodismo* op. cit., pág. 19. Fenómeno que se encuentra en plena vigencia en México, donde la ciudadanía ya no experimenta ningún tipo de sorpresa ante las masacres plagadas de excesiva crueldad que se presentan en las zonas más conflictivas del país; es común observar en cualquier puesto de periódicos, a la vista de todo el mundo (incluyendo niños y jóvenes) escenas que rayan en lo obscuro y se alejan completamente de lo informativo. En México dichos diarios, que dicho sea de paso son lo que tienen mayor demanda, son los denominados *diarios de nota roja* y se encuentran dirigidos a sectores populares de la sociedad mexicana.

³⁴⁰ GIL-CASARES, María, *Terrorismo y medios de comunicación*, Ciudadanía y valores fundación, Madrid, 2008, pág. 3. Documento en formato PDF, sitio web http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1211368982_maria_gil_casares.pdf

³⁴¹ GIL-CASARES, María, *Terrorismo y medios de comunicación*, op. cit., pág. 4.

³⁴² GIL-CASARES, María, *Terrorismo y medios de comunicación*, op. cit., pág. 4.

³⁴³ ARTEAGA, Félix, “Terrorismo, contrainsurgencia y opinión pública”, en Javier JORDÁN / Pilar POZO / Miguel GUINDO (coords.), *Terrorismo sin fronteras. Actores escenarios y respuestas en un mundo global*, Aranzadi, Navarra, 2010, pág. 216.

³⁴⁴ ARTEAGA, Félix, “Terrorismo, contrainsurgencia”, op. cit., pág. 216.

Los estudios sobre la temática de la comunicación y el terrorismo, se encuentran poco desarrollados todavía y los propios terroristas tienen un dominio mucho mayor del tema que el propio Estado, donde “(...) el relato terrorista o insurgente no tiene que demostrar que están ganando los enfrentamientos, sino que las tropas “extranjeras” no van a hacerlo”³⁴⁵. En este sentido parte de la doctrina considera que hay que tener un avanzado conocimiento del entorno en el que surten efectos los mensajes para poder diseñar mejores esquemas de contracomunicación terrorista³⁴⁶.

Las circunstancias en las que se encuentra el panorama del combate al terrorismo demuestran el importantísimo papel de la tecnología de las comunicaciones. En nuestros días las herramientas tecnológicas comunicacionales adquieren una importancia equiparable a la de las propias armas que son utilizadas por los criminales³⁴⁷. Mientras más pase el tiempo, la delincuencia organizada seguirá utilizando esos medios para su propio beneficio³⁴⁸.

La legislación en materia de combate a los fenómenos delictivos en los medios masivos de comunicación aún se encuentra poco desarrollada. Con el internet la falta de regulación es patente. “El gran problema del internet reside en su supraterritorialidad en la que se ubica, en la cual ha de compartir sus reglas con numerosas legislaciones de diferentes, Estados que no sólo serán diferentes, sino, en muchas ocasiones contradictorias”³⁴⁹. La delincuencia organizada y en particular el terrorismo, aprovechan esta falta de control. Existe una clara interdependencia entre las circunstancias caóticas en las que el mundo se encuentra inmerso y el desastre normativo que se encuentra en la red, teniendo como características tres grandes elementos: complejidad, interdependencia e imprevisión³⁵⁰.

La regulación de los límites hasta donde los medios de comunicación tienen su ámbito de autorresponsabilidad no puede ser determinada más que por la norma y, por ende, por los órganos legitimados para emitir dichos modelos de orientación. En el caso del internet, la soberanía de los Estados es cuestionable y urge una pronta actuación por parte de los órganos legislativos³⁵¹. La cuestión es de tal importancia, que ya se alzan voces que cuestionan el actual paradigma estatal en el que nos desarrollamos y consideran que habrá que comenzar a pensar en reinventar el propio concepto de Estado que ahora tenemos³⁵².

La red es caldo de cultivo para un ambiente donde la inseguridad puede propagarse fácilmente. Las organizaciones terroristas han encontrado un nicho perfecto para cuestionar la vigencia del sistema normativo que las personas han considerado

³⁴⁵ ARTEAGA, Félix, “Terrorismo, contrainsurgencia”, op. cit., pág. 216.

³⁴⁶ ARTEAGA, Félix, “Terrorismo, contrainsurgencia”, op. cit., pág. 217.

³⁴⁷ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado ¿menores en riesgo?”, en Luz María PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la Política criminal*, Comares, Granada, 2008, pág. 2.

³⁴⁸ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico” op. cit., pág. 3.

³⁴⁹ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico”, op. cit., pág. 6.

³⁵⁰ CEBRIÁN, Juan Luis, *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, 2ª. edic., Taurus, Madrid, 1998, pág. 177.

³⁵¹ CEBRIÁN, Juan Luis, *La red*, op. cit., pág. 187.

³⁵² TAPSCOTT, Don, “Prefacio, promesas y peligros de la tecnología digital”, en Juan Luis CEBRIÁN, *La red*, op. cit., pág. 18.

como válido para regir su conducta. El ciberespacio es un terreno ideal para el terrorista, que como francotirador puede subir impunemente, todo tipo de material que invita a unirse a las filas de las organizaciones, manuales de cómo elaborar bombas, apologías al terrorismo, y prácticamente todo lo que uno pueda imaginar. Gracias al mal uso que el propio internet permite que se le dé, los miembros de las organizaciones pueden actuar impunemente como si fuesen francotiradores en un combate, es decir, disparando desde una posición ilegal, impune y ventajosa sobre el resto de los sujetos que participan en el drama penal³⁵³. De esta manera la apertura de los medios electrónicos y el control por parte del subsistema político chocan inevitablemente³⁵⁴. El terrorista es semejante a un mago que distrae al público con la mano derecha mientras ejecuta con la izquierda³⁵⁵.

La red brinda al terrorismo la posibilidad de aumentar su nivel de penetración en esferas que de otra manera sería mucho más difícil poder llegar a impactar. Por ejemplo, en el caso de los menores de edad. Un niño desde muy temprana edad puede llegar a tener contacto con propaganda subversiva con evidente facilidad. Pero de la misma manera en la que ciertos sectores especialmente vulnerables pueden estar en contacto con organizaciones paralelas al sistema normativo, la tecnología también ha permitido que toda la sociedad se vea empapada por dichos acontecimientos. Para ciertos doctrinarios el gran ejemplo de la guerrilla informacional comenzó con el movimiento *zapatista* en México en la década de los 90³⁵⁶.

Si una persona acude a cualquier librería o biblioteca en España, encontrará cantidad de obras dedicadas al terrorismo y en muchos sectores de la cultura se podrá observar lo mismo. Este fenómeno es lo que la literatura especializada ha denominado como teoría del cultivo o de los indicadores culturales, que misma que consiste en la influencia de los medios de comunicación -especialmente los electrónicos-para el establecimiento de los esquemas que determinarán los valores de la agenda pública, así como la influencia masificada hacia los sujetos receptores del mensaje a través de temas como la violencia, la victimización entre otros³⁵⁷.

A continuación presentamos el criterio emitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), en la Sentencia 71, de 2 de octubre de 2008, en la que se expone que “(e)l 2 de marzo de 2005, el Comité de Ministros adoptó una declaración sobre la libertad de expresión e información en los medios de comunicación en el contexto de la lucha antiterrorista, cuyos pasajes pertinentes dicen así: «La declaración apela a los poderes públicos en los Estados miembros:

-A no introducir nuevas restricciones a la libertad de expresión e información de los medios de comunicación a menos que sean estrictamente necesarias y

³⁵³ “Lo llamo el drama penal, porque así lo entiendo. En el Derecho hay dolor, tragedia, es decir búsqueda incesante de la verdad. Pero en el Derecho penal hay un dolor especial: el del hombre que incansablemente persigue un fin último perdido entre las brumas del tiempo. Es la idea de lo social y de la sociedad”, en Raúl CARRANCA Y RIVAS, *El drama penal*, Porrúa, Ciudad de México, 1982, pág. 9.

³⁵⁴ CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. II el poder de la identidad, versión castellana de Carmen MARTÍNEZ GIMENO, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 390.

³⁵⁵ FROMKIN, David “Die Strategie des Terrorismus”, op. cit., pág. 95.

³⁵⁶ CASTELLS, Manuel, *La era de la información*, op. cit., pág. 101.

³⁵⁷ MONZÓN, Cándido, “El hombre espectador en la cultura de masas. Opinión pública y medios de comunicación”, en Gonzalo CAPELLÁN (ed.), *Opinión Pública. Historia y presente*, Trotta, Madrid, 2008, pág. 209.

proporcionadas en una sociedad democrática y tras haber examinado atentamente si las Leyes y demás medidas existentes no son ya suficientes;

-A no adoptar medidas que asimilen el hecho de dar cuenta del terrorismo a un apoyo al terrorismo; (...)

Invita a los medios de comunicación y periodistas a considerar las proposiciones siguientes:

-Ser conscientes de sus responsabilidades particulares en el contexto del terrorismo para no contribuir a los objetivos que persiguen los terroristas; deberían concretamente cuidar de no aumentar el sentimiento de miedo que pueden suscitar los actos terroristas y no ofrecer tribuna a los terroristas concediéndoles un lugar desmesurado; (...)

-Ser conscientes del papel significativo que pueden desempeñar en la prevención del "discurso de odio" y la incitación a la violencia, así como en la promoción de la comprensión mutua (...)

-Ser conscientes del riesgo de que los medios de comunicación y periodistas puedan de forma no intencionada servir de vehículo a la expresión de sentimientos racistas, xenófobos o de odio;»

El criterio arroja como resultado que los medios de comunicación suelen ser utilizados por las organizaciones terroristas con dos propósitos: el primero haciendo uso del medio para ampliar el margen de influencia de sus actividades con un propósito publicitario; el segundo, utilizando el medio como vehículo comunicativo de sus amenazas o para el enaltecimiento de acciones ejecutadas en el pasado. En la actualidad realmente no existen límites para la expansión de la publicidad terrorista³⁵⁸. Las organizaciones terroristas no actúan al azar sino que todo lo hacen con un propósito simbólico y mediático³⁵⁹. De esta forma el número de personas que son victimizadas directamente por el ataque terrorista debe de ser mucho menor al número de personas a la que se afecta psicológicamente por el hecho violento³⁶⁰. Esta forma de poder afectar a un mayor número de personas es equiparable a los métodos utilizados por las televisoras para medir su nivel de audiencia. A la organización le interesa tener un medio de referencia que le sirva para medir el impacto mediático de ataque.

La cuestión que se ha descrito se caracteriza por tener una complejidad enorme y naturalmente su solución requiere de múltiples factores que deberán de actuar de forma armónica. Los problemas de la sociedad no pueden ser resueltos únicamente a través del

³⁵⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 149.

³⁵⁹ “Los terroristas saben que la discusión mediática de sus crímenes puede amplificar enormemente sus efectos intimidatorios y simbólicos sobre todo cuando esa difusión es audiovisual”, en Luis DE LA CORTE IBÁÑEZ, *La lógica*, op. cit., pág. 149.

³⁶⁰ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 149. En el mismo sentido “Lo que buscan es un fin político y lo intentan conseguir mediante el chantaje, la extorsión y la amenaza y, para eso, necesitan un mensajero que lleve su mensaje, necesitan a los medios de comunicación”, en AA.VV, *El periodismo*, op. cit., pág. 110.

Derecho penal, sino que cada uno de los subsistemas de la sociedad deberá de colaborar cumpliendo con lo que le corresponde hacer, es decir, cumpliendo con el rol que les ha tocado desempeñar.

Bajo el mismo orden de ideas, el periodismo ha de desempeñar su función dentro de su esfera de autoadministración sin llegar a extralimitarse. Si esto último sucede, el rol perdería su calidad de garante en cuanto a directriz de las actuaciones correspondientes a los sujetos que desempeñan la labor periodística. El terrorismo por cualquier ángulo que se aborde habrá de ser tratado con la máxima diligencia y especialmente en la labor periodística³⁶¹. Por ello el papel del periodista ha de estar claramente delimitado en cuanto al contenido de lo que se informa y la reiteración con la que se lleva a cabo el mismo ejercicio informativo sin llegar a la censura previa³⁶². Únicamente la delimitación de la esfera de competencia que corresponde al rol de informador servirá como criterio. En términos funcionalistas, el periodista habrá de comportarse como persona en Derecho. El hecho de ser persona quiere decir llevar a cabo un papel³⁶³ en el escenario de la sociedad. De esta manera la careta del periodista no puede confundirse nunca con la de promotor o publicista del terrorismo. Desde la óptica de un ejercicio teórico como el que se desarrolla en este trabajo, la solución es interesante y relativamente clara, pero somos absolutamente conscientes de que en la práctica diaria la dificultad es mucho mayor.

¿Cómo delimitar el rol informativo del periodista frente al terrorismo?, una respuesta la podemos encontrar en aquello que la sociedad espera de su labor, que es, que se limite única y exclusivamente a informar. La labor periodística ha de ser descriptiva y deberá de satisfacer las necesidades en el momento histórico en el que se sitúe el sujeto encargado de desempeñar su rol. El propio sistema establecerá el equilibrio entre aquello que es tolerable y las defraudaciones que no lo sean³⁶⁴.

IV.- Síntesis

Hasta ahora se ha abordado el fenómeno terrorista desde un punto de vista sistémico en cuanto entidad que confronta al poder político. Se emite un mensaje comunicativo que pone en duda la estructura de expectativas. Para concluir el presente capítulo desarrollaremos algunas consideraciones sobre la forma en la que la sociedad no sólo actúa como víctima en este drama penal, sino que también tiene el poder de emitir un mensaje opuesto al del terrorismo.

Aparte de las consideraciones que se puedan hacer respecto a las teorías de la prevención que no serán abordadas en este momento, la sociedad en la vida cotidiana se ha pronunciado en contra de la ilegítima actividad de las organizaciones terroristas. España ha sido una de las naciones que mayor cohesión social ha demostrado en los momentos de mayor crisis de su sistema de expectativas.

³⁶¹ AA.VV, *El periodismo*, op. cit., pág.49.

³⁶² “En algunos ordenamientos jurídicos se establece un régimen preventivo de censura de informaciones y espacios destinados a la infancia y a la juventud. En el caso español, el artículo 20.2 CE es rotundo y no deja posibilidad a ningún tipo o clase de censura previa si no es por resolución judicial”, en Javier CREMADES, *Los límites*, op. cit., pág.155.

³⁶³ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 50.

³⁶⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 285.

Cuando el problema al que se enfrenta la sociedad es de tal magnitud que no lo puede resolver por sí misma, entonces acude pidiendo auxilio al Estado³⁶⁵. El hecho de acudir al poder público es una manifestación de democracia ya que la sociedad no puede hacerse justicia por tu propia mano. En palabras de ORTEGA Y GASSET “(l)a democracia responde a esta pregunta: ¿Quién debe ejercer el poder público? La respuesta es: el ejercicio del poder público corresponde a la colectividad de los ciudadanos”³⁶⁶.

Esa colectividad que es la fuente natural de la democracia también ha de manifestarse libremente ante la realidad que le aqueja. El terrorismo ha obligado a la sociedad a reivindicar en su derecho a vivir en paz.

Ante el terrorismo en España, las personas no sólo se han limitado a salir a la calle, sino que se ha presentado un interesante fenómeno asociativo que se ha traducido en una serie importante de fundaciones y grupos principalmente de víctimas contra el terrorismo³⁶⁷, mismas que tienen como datos en común, la asistencia a las víctimas, así como la oposición frontal y total hacia dicha realidad delictiva.

El fenómeno terrorista es de un amplio margen de impacto o espectro que disfraza su actuar delictivo a través de instituciones que no son más que cortinas de humo³⁶⁸.

Si miramos la problemática de la forma en la que el terrorismo utiliza a los medios de comunicación como una herramienta, puede pensarse que nos encontramos ante una realidad inquebrantable, donde pareciera ser que ya no se puede hacer nada más por tratar de remediar la situación porque la realidad es contundente como se va mostrando ante nosotros; pero esto es sólo un espejismo. En todas las ramas del conocimiento humano, aún hay mucho por hacer y por seguir perfeccionando, este es el caso de nuestra ciencia.

En el caso que nos ocupa respecto del ejercicio de la actividad periodística a través de la exposición en cualquier medio de comunicación de los atentados terroristas, no podemos tomar decisiones absolutas, sino que estas deberán de meditarse y ponderarse en sus justas proporciones. Bajo esta misma pauta, consideramos que hasta ahora las diferentes formas de atacar el problema del ejercicio de los medios de comunicación se ha estancado en un debate idealista porque en realidad se redunda bajo esquemas de valor absolutos que mantienen anquilosada la discusión. Mediante la utilización de una teoría mayoritariamente descriptiva y menos valorativa (esto no

³⁶⁵ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, op. cit., pág. 844.

³⁶⁶ ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, tomo II, Santillana Ediciones generales Taurus, Madrid, 2004, pág. 541.

³⁶⁷ Asociación de Víctimas del Terrorismo, Asociación Víctimas de Terrorismo Verde Esperanza (AVTVE), Colectivo de Víctimas del Terrorismo en el País Vasco (COVITE), Asociación de Víctimas del Terrorismo de la Comunidad Valenciana, Fundación TOMÁS CABALLERO, Fundación Pro-Derechos Humanos Miguel Ángel BLANCO, Fundación Maite TORRANO, Fundación Fernando BUESA BLANCO, Fundación Coronel Médico Dr. MUÑOZ CARIÑANOS, “La Fundación” Jóvenes por la paz, Basta ya, Foro de Ermua, Gesto por La Paz, entre otros, en María Belén PULGAR GUTIÉRREZ, *Víctimas*, op. cit., págs. 177-178.

³⁶⁸ ESPARZA OROZ, Miguel, “La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos”, en Manuel PULIDO QUECEDO, *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 19.

quiere decir que sea totalmente carente de juicios de valor) se podrá dar algo de luz a dichas cuestiones.

Como ha quedado establecido, el terrorismo busca mantenerse vigente en la escena pública por cuanto respecta a la publicidad de sus atentados ya que por medio de estos emite un mensaje con un doble efecto; cuestionar las expectativas normativas e impactar al público a través del miedo. Antes esta situación el periodismo y las libertades de expresión-información no pueden reducirse, eso significaría un enorme triunfo para el terrorismo y supondría una vía altamente efectiva de imponer condiciones a los Estados democráticos. La reducción no, la delimitación sí. Habrá entonces que establecer con la mayor claridad posible, los linderos de la libertad que gozan los medios para informar a la población y esto sólo es posible a través de una norma que lo determine, o sea, delimitando claramente la esfera de competencia del medio de comunicación,

El medio habrá de actuar dentro de su ámbito de autorresponsabilidad. En el trozo de realidad histórica que le corresponde administrar, sobre un parámetro normativo en el que a que el medio habrá de actuar como lo que es; un medio de comunicación dentro de un entorno social.

El ámbito de autorregulación del medio de comunicación, sólo se podrá establecer de acuerdo al rol que le corresponde desempeñar como función social. En palabras de las máximas autoridades españolas en la materia, hemos de considerar al rol como fundamento y límite de la responsabilidad³⁶⁹ del medio de comunicación.

Para clarificar aún más la diferenciación entre la función del medio de comunicación que ha de separarse de ser un vehículo para la organización terrorista, habrá que echar mano de esquemas diferenciales.

La diferenciación se lleva a cabo naturalmente por medio del proceso de autopoiesis a través de la realización de operaciones, incluso puede bastar con una sola de estas para que pueda distinguirse³⁷⁰, por ejemplo, el hecho de firmar un contrato es una operación que pertenece al subsistema Derecho -por lo tanto está cerrado el sistema- y que se diferencia de otras operaciones pertenecientes a otros subsistemas, por ejemplo el hecho de rezar dentro de las directrices del culto religioso. En otras palabras, las operaciones son señales sobre aquello que “es” sistema y al mismo tiempo sobre lo que “es” entorno³⁷¹. Es decir, que el hecho de existir de un sistema o subsistema no sólo responde a una razón operativa, sino también a una razón de naturaleza funcionalista, debido a que el hecho de existir del sistema permite que este juegue el rol de elemento diferenciador. Si recordamos que para los sujetos la teoría del rol en su doble aspecto (formal señalizador-material derechos y obligaciones) y existe como tal, para los sistemas existe claramente en la función diferenciadora y a través del contenido material del rol del sistema se subraya la diferenciación.

³⁶⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Lecciones de teoría del delito. Vol. I adaptadas al EES*, Mergablum, Sevilla, 2010, pág. 96.

³⁷⁰ LÓPEZ, YAÑEZ, Julián, *La ecología social de la organización. Una perspectiva educadora*, La Muralla, Madrid, 2005, pág. 60.

³⁷¹ LÓPEZ, YAÑEZ, Julián, *La ecología social*, op. cit., pág. 61.

De la misma manera hay que identificar cuáles operaciones forman o no parte del subsistema medios de comunicación y solamente trabajar sobre ellas. Todo lo demás será entorno. Entonces el eje por el que ha de correr el trabajo del medio de comunicación será únicamente el de mero informador, avalorado y concreto, limitándose a lo estrictamente necesario sin hacer promoción o apología del terrorismo. De esta manera habrá de mantenerse dentro de su ámbito de autoadministración.

El periodista así como todos los ciudadanos ha de hacer lo que le corresponde y se espera de él socialmente “En una comunidad ética es fácil de expresar lo que el hombre tiene que hacer, cuáles son las obligaciones que tiene que cumplir para ser virtuoso; esto no consiste sino en hacer de él lo que en sus relaciones le es prescrito, señalado y notorio”³⁷².

En cuanto al incremento del riesgo, no podemos olvidar que nos encontramos inmersos en una sociedad de riesgos donde la libertad para informar también importa un riesgo; un informador involuntariamente puede dar ideas a un desequilibrado o a una organización criminal. Será labor de la norma determinar que ese margen de riesgo se reduzca al mínimo sin anquilosar el propio ejercicio informativo del medio de comunicación.

³⁷² HEGEL, *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, traducción del alemán por F E G VICENT, Madrid 1935, pág. 78.

CAPÍTULO III
ANÁLISIS DE LA ACCIÓN TÍPICA

I.- El nuevo marco legal

En el presente capítulo se llevará a cabo un análisis minucioso de la conducta terrorista contenida en el artículo 571 del CP español. Algunos tipos penales de terrorismo fueron modificados de manera importante durante el año 2010, dando como resultado una regulación completamente nueva sobre la conformación de la organización terrorista. La nueva redacción se encuentra fundamentada sobre esquemas de seguridad cognitiva y demás categorías propias de la moderna dogmática funcionalista y más específicamente dentro de los vectores del Derecho penal del enemigo.

Publicada el día 23 de junio de 2010 en el Boletín Oficial del Estado, se llevó a cabo por LO 5/2010 modificación de una cantidad importante de artículos contenidos en el CP. Entre esas reformas destaca, lógicamente para nuestro trabajo, la novedosa redacción del artículo 571 y afines. El legislador introdujo diversos tipos en materia de organizaciones criminales y terrorismo, por lo que debido a la importancia de dichas modificaciones, hemos de proceder a analizar brevemente la exposición de motivos que corresponde mencionada reforma.

La motivación que origina la reforma responde a necesidades de adaptación del cuerpo legislativo a las nuevas exigencias de la realidad comunitaria y social. El ánimo que impulsa los cambios legislativos busca dar una respuesta mucho más contundente en contra de ciertas conductas criminales que importan una especial lesividad contra la sociedad. En este sentido han sido reajustadas las variaciones legislativas particularmente en el caso del terrorismo³⁷³. De esta manera el Estado español rechaza dicha conducta a tal grado que la ha considerado como imprescriptible en caso de que se susciten víctimas mortales³⁷⁴.

En cuanto a la justificación de la sanción contra las organizaciones criminales, dentro de las que se encuentran las agrupaciones terroristas, el legislador español los ha considerado como un fenómeno que atenta directamente contra la génesis del Estado en sus cimientos democráticos³⁷⁵. La problemática se agudiza con la vulneración de la libertad de los ciudadanos y la degradación de la calidad de vida democrática en España³⁷⁶.

En otros aspectos, conforme a la nueva sistemática de la codificación penal que ha adoptado el legislador, los delitos de organización serán seguidos inmediatamente por los de terrorismo debido a las semejanzas estructurales que comparten³⁷⁷.

³⁷³ “Desde un punto de vista de técnica penal, la tipificación del terrorismo puede hacerse de tres maneras: como delito común, sin mención especial alguna; como infracción autónoma, con *nomen iuris* propio e independiente de los delitos comunes de asesinato, secuestro, atracos, etc.; o mediante una legislación especial”, en Carlos GARCÍA VALDÉS “Legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 37, Fascículo II, Madrid, 1984, pág. 299.

³⁷⁴ LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP. (BOE núm. 152, de 23 de junio), pág. 54815.

³⁷⁵ LO 5/2010, pág. 54822.

³⁷⁶ LO 5/2010, pág. 54822.

³⁷⁷ LO 5/2010, pág. 54823.

En la exposición de motivos también se aborda la regulación del terrorismo como una respuesta del Estado español ante las organizaciones o células internacionales que pudieran llegar a ejecutar un ataque al interior del territorio. Las medidas anteriores reflejan una adecuada implementación de la política criminal y una correcta técnica legislativa en su nueva regulación que responde a las pautas que ya venían marcando las máximas autoridades jurisdiccionales de España desde hacía tiempo³⁷⁸. La relación entre política criminal y teoría de la legislación es estrecha en la ciencia penal³⁷⁹.

Bajo estos breves argumentos, la redacción definitiva del nuevo artículo 571 CP queda de la siguiente manera:

“1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce.

3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente”.

Es importante mencionar que los cambios operados en la materia que nos ocupa, se introdujeron en función de la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI, sobre la lucha contra el terrorismo.

Con la reforma al Código penal el legislador ha incorporado las categorías de *organización* y *grupo* criminal a los delitos del terrorismo³⁸⁰. No obstante, si bien es cierto que dicha incorporación es plausible, también lo es que la técnica empleada no fue la más depurada al introducir la técnica de remisión normativa o ley penal en blanco.

Resulta por demás interesante que, bajo la nueva redacción, el legislador ha establecido un esquema jerárquico en razón al aumento de la pena bajo dos categorías de intervención delictiva. Existe una importante diferencia entre los sujetos participantes en las conductas descritas en el primer párrafo (promover, organizar, constituir o dirigir), que se harán acreedores a una sanción de ocho a catorce años y un

³⁷⁸ LO 5/2010, pág. 54823.

³⁷⁹ SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ / Ana Isabel GARCÍA ALFARAZ (coords.), «*Universitas Vitae*» Homenaje a Ruperto Núñez Barbero, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, pág. 731.

³⁸⁰ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos contra el orden público (VI) de las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho penal español parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 1213.

incremento si hay colaboración de funcionarios públicos, respecto del párrafo segundo del mismo artículo, que contempla a aquellos sujetos que participen activamente o formen parte de la organización criminal, mismos que serán sancionados con una pena relativamente menor que será de seis a doce años. En la exposición de motivos no se hace referencia a dichas cuestiones.

Para poder abordar el análisis dogmático del delito de terrorismo contenido en el artículo 571, habrá que desentrañar el sentido de cada uno de los elementos que el legislador consideró como parte de la conducta socialmente reprochable. Ello de conformidad al sistema de expectativas que se ha desarrollado al interior de la sociedad. Para alcanzar dicho objetivo, estimamos preciso establecer en qué consiste la acción bajo la perspectiva funcionalista.

II.- La acción como elemento funcional

El estudio del delito es una exploración ordenada y limitada sistemáticamente acerca de la conducta humana bajo características determinadas³⁸¹. Para entender el delito, es imprescindible comprender acción típica, ya que sin ésta, bajo su doble aspecto acción u omisión, el estudio del injusto se encontraría viciado desde el origen. La acción no puede ser comprendida como una entidad asilada, sino que ha de ir de la mano forzosamente de la tipicidad para que sea de interés en cuanto a su represión por parte del aparato criminal³⁸². La acción, por lo tanto, considerada como el elemento fundamental del que se parte para el análisis de las posteriores categorías de la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad, ha de ser considerada, como hace POLAINO NAVARRETE como el elemento substantivo del delito, sin el cual, sólo se está ante una episodio irracional no atribuible a sujeto humano alguno³⁸³. Este tipo de eventualidades resultan absolutamente irrelevantes para efectos penales. Sólo se han de considerar como importantes para efectos de Derecho penal, aquellas conductas que sean humanas y voluntarias³⁸⁴. Lo anterior es doctrina absolutamente dominante.

La acción ha de ser portadora de un contenido social y la organización terrorista también lo es como acción típica. Esto se debe a que el legislador ha considerado determinadas acciones como rechazables socialmente. En este sentido la sociedad ha emitido un juicio de valor sobre tales o cuales acciones, lo que demuestra el elevado contenido social de la conducta humana voluntaria. La acción típica es el vehículo a través de que se ha de generar un peligro o lesión a un bien jurídico³⁸⁵. El concepto de acción comúnmente se ha paralizado en una especie de trato intermedio entre las corrientes causalista y finalista, así como de una concepción social de la conducta típica³⁸⁶. No obstante, la moderna doctrina del funcionalismo ha planteado bajo una construcción científica los extremos que se han de satisfacer para determinar que cierta conducta es imputable a un sujeto. Esta doctrina establece, para los efectos del tema

³⁸¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general Tomo II Teoría jurídica del delito*, Vol. I, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 21.

³⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general Tomo II*, op. cit., pág. 22.

³⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general Tomo II*, op. cit., pág. 26.

³⁸⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general Tomo II*, op. cit., pág. 28.

³⁸⁵ TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma", en *Estudios Penales y Criminológicos X*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1987, pág. 386.

³⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Enrique PEÑARANDA RAMOS, ADHOC, Buenos Aires, 1996, págs. 73-74.

tratado, que en el tipo objetivo sea posible diferenciar el hecho de haber causado un resultado con el de poder imputarlo, demostrando que no es lo mismo causar que atribuir un resultado³⁸⁷.

La acción habrá de explorarse bajo una concepción social sistémica, es decir, que la acción se encuentra inmersa en la sociedad³⁸⁸. JESCHECK fue uno de los primeros juristas que desarrolló esta nueva concepción dotando a la acción de un evidente contenido social, que vincula directamente la conducta con el entorno social en el que se desarrolla el individuo afectándolo por medio de su actuar³⁸⁹. Pero si se estudia la temática con cierta profundidad encontraremos que incluso el propio WELZEL ya exploraba conceptos que vinculaban fuertemente al Derecho penal con la sociedad principalmente al excluir aquellas acciones que no interesan al Derecho criminal por ser consideradas como adecuadas socialmente³⁹⁰. Esta teoría resulta estar dotada de un importante contenido de lógica ya que era urgente abandonar el causalismo naturalista, que ya el propio causalismo valorativo rechazaba años atrás. “Por lo tanto, la referencia a la sociedad, que WELZEL persigue y que la adecuación social posibilita, se produce en el marco de la teoría del delito en el nivel del tipo”³⁹¹.

WELZEL a lo largo de su vida como jurista cambió de opinión en muchos aspectos de sus investigaciones, y en el caso del concepto de adecuación social no fue la excepción. Podemos hablar de un primer y un segundo WELZEL, cuando consideraba a la acción como mayormente inclinada hacia un concepto de tipo social y cuando le confería una tendencia mucho mayor al finalismo. En el primer WELZEL hay consideraciones de tipo ético-social en el concepto de acción³⁹². La doctrina ha señalado que el concepto de adecuación social ha ido cambiando desde el tipo, las causas de justificación y las de exculpación. La gran virtud de la teoría de la adecuación social -desde la perspectiva de CANCIO MELIÁ- es que para la existencia del injusto es fundamental el hecho de tomar en cuenta los esquemas sociales que rigen en un momento determinado³⁹³.

JAKOBS pone sobre la mesa la pregunta de si WELZEL, por medio de la adecuación social, no preparó el camino para la normativización y por ende para la imputación objetiva especialmente por lo que respecta al riesgo permitido³⁹⁴. Ya desde WELZEL, la doctrina alemana comenzaba a darse cuenta de que las acciones humanas siempre irán cargadas con un profundo sentido social, ya que, si esto no fuera así, el Derecho penal se hubiera estancado en el causalismo más primitivo. La evolución del Derecho penal siempre fue orientada hacia la búsqueda del sentido y trascendencia de la conducta humana en su entorno social.

³⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 74.

³⁸⁸ JAKOBS, Günther, “El concepto jurídico penal de acción”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, núm. 11, de la Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 10.

³⁸⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, 5ª. edic. corregida y ampliada, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002, págs. 239-240.

³⁹⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 46, Madrid, 1993, pág. 698.

³⁹¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación”, op. cit., pág. 700.

³⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación”, op. cit., pág. 702.

³⁹³ CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación”, op. cit., pág. 705.

³⁹⁴ *Vid.* CANCIO MELIÁ, Manuel, “La teoría de la adecuación”, op. cit., págs. 706-710.

Volviendo a JESCHECK no se debe olvidar la trascendencia social de su doctrina. No obstante, ésta ha sido considerada por parte de la literatura más autorizada como excesivamente vaga en cuanto a sus formulaciones³⁹⁵. En cuanto a la opinión que ROXIN tiene sobre este tema, el autor parte señalando que debido cuestiones históricas la concepción social de la acción ha de ser considerada incluso anterior al finalismo³⁹⁶. Han habido históricamente múltiples concepciones de la acción bajo un esquema social y dicha multiplicidad se sintetiza en que para estas, lo social de la acción, constituye una característica de naturaleza esencial³⁹⁷. ROXIN es crítico también de la teoría por una serie de motivos dogmáticos y concluye de la siguiente manera: “Así pues, la relevancia social es una cualidad que una acción puede tener o no tener, y si falta, no desaparece la acción, sino sólo su importancia social”³⁹⁸.

La conclusión de ROXIN no se salva de algunas consideraciones críticas: de lo social han de depender las propias normas de valoración jurídica que consideran tal o cual conducta como sancionable o socialmente tolerada. El sistema de expectativas de la sociedad determina la antijuridicidad del comportamiento humano que el propio legislador habrá de recoger en una codificación penal determinada. Cuando a una acción le falta lo social, esta desaparece para el Derecho penal y por lo tanto ya no existe para el subsistema Derecho que es el encargado de observarlo como parte de sus operaciones. El Código Derecho/no Derecho va de la mano con aquello que es social o antisocial. Esto se debe a que el hombre se manifiesta a través de su cultura, y por ende la cultura ha de nutrirse necesariamente por la vida en comunidad³⁹⁹.

La teoría de la acción resulta por demás asequible desde la perspectiva de las implicaciones sociales que van aparejadas con la exteriorización de la conducta humana.

Retomando que el primer WELZEL consideró y fundamentó con claridad la naturaleza social de la acción⁴⁰⁰, fue SCHMIDT⁴⁰¹ quien ya había realizado críticas a la radical concepción naturalista del causalismo. El autor argumentaba que la acción no interesaba tanto como una cuestión física sino más bien como un fenómeno de tipo

³⁹⁵ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “Construcción y demolición de la teoría de la acción”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁ CER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, pág. 1380.

³⁹⁶ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 2ª. edic., Civitas, Madrid, 1997, pág. 244.

³⁹⁷ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 245.

³⁹⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 247.

³⁹⁹ TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, traducción de Juan José UTRILA, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1983, pág. 15. Un ejemplo de ello y de la relevancia social del crimen por ejemplo puede ser la colocación de mantas con mensajes alusivos al narcotráfico y lo cual ya se comienza a considerar como narcoterrorismo en, <http://www.eluniversal.com.mx/notas/728172.html>

⁴⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Condiciones de juridicidad*, op. cit., pág. 79. En el mismo sentido ZAFFARONI estima que “Dentro de esta concepción (cuyo origen corresponde a Eberhard SCHMIDT) se mueve un sano sentimiento liberal: la pretensión de que no es acción lo que no trasciende al individuo y no es socialmente perturbador, implica una limitación al legislador”, en Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 1977, pág. 288.

social de tal suerte que el fundamento de la antijuridicidad material había de ser la afectación social que se produzca a través del evento delictivo⁴⁰². El delito ha de ser la oposición a lo social. En síntesis, se puede afirmar que para la teoría de la acción social, lo único que ha de importar al Derecho serán las acciones portadoras de un sentido social⁴⁰³.

ZAFFARONI considera que la teoría social de la acción fue elaborada para servir como un puente entre causalismo y finalismo donde sólo aquellas acciones que trascienden hacia terceros habrán de ser consideradas como socialmente relevantes⁴⁰⁴. A pesar de sus aportaciones la teoría fue criticada por su excesiva amplitud en cuanto a determinara el alcance de aquello que se debería de considerar como “lo social”. Para ZAFFARONI la teoría plantea problemas pre-típicos y además la califica como un planteamiento inmerso en una nebulosa y bajo su estandarte se ha tratado de que sirva como base para las demás teorías debido a la relevancia social que reviste lo considerado como jurídicamente reprochable⁴⁰⁵. Los problemas pre-típicos, para el autor argentino, estriban en que la determinación de lo relevante desde un punto de vista social se encuentra sin unidad, y dicha relevancia social ha de ser analizada desde la tipicidad y no desde la conducta⁴⁰⁶.

STRATENWERTH considera que el concepto social de acción buscó obtener un mínimo común denominador en las conductas que eran de interés para el Derecho penal estableciendo los linderos dentro de los cuales el Derecho penal podía entrar en acción; no obstante, la teoría es demasiado genérica en cuanto fundamento de aquello que es perseguible socialmente⁴⁰⁷.

La teoría social de la acción tiene el mérito de unificar un concepto bajo el cual pueden quedar comprendidos tanto los delitos dolosos como los imprudentes en comisión u omisión⁴⁰⁸ a diferencia de la problemática que tenían las corrientes finalistas para sostener los delitos imprudentes. La relevancia de “lo social” ha de ser considerado como un supra concepto de tipo valorativo⁴⁰⁹.

La cuestión que interesa ahora es que no es posible dissociar el aspecto social del concepto de injusto. Incluso en autores como MERKEL, podemos encontrar discursos como el siguiente acerca de la sintomática del delito: “Sus causas (la de los delitos) residen en la condición de los hombres y de las relaciones dentro de las cuales viven que encierran en sí los motivos de las acciones que aquellos ejecutan”⁴¹⁰, es decir, que lo

⁴⁰² POLAINO NAVARRETE, Miguel, “¿Qué queda?”, en Günther Jakobs / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Condiciones de juridicidad*, op. cit., págs. 79-80.

⁴⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho penal”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / ALCÁCER GUIRAO Rafael / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales*, op. cit., pág. 1494.

⁴⁰⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 287.

⁴⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., págs. 288-289.

⁴⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 290.

⁴⁰⁷ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I. El hecho punible*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A SANCINETTI, Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 102-103.

⁴⁰⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª. edic., Reppertor, Barcelona, 2005, pág. 187.

⁴⁰⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 187.

⁴¹⁰ MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, tomo I, traducción de Pedro DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, pág. 39.

social determina la conducta del hombre para bien o para mal. “Dicha condición misma depende, hasta cierto punto, de la situación social en que los hombres han nacido y crecido, y de cuyos efectos no pueden ellos librarse. Por eso, tales situaciones se proyectan en las estadísticas de los delitos”⁴¹¹. En la actualidad el concepto social de acción ha proliferado de tal manera que existe una multiplicidad de corrientes que adoptan y adaptan a sus propias exigencias las directrices de dicha teoría⁴¹².

Posteriormente fue con JAKOBS cuando la ciencia penal da otro giro importantísimo por lo que respecta al concepto de acción. No podemos olvidar que el Derecho penal posee una innegable dimensión social y que obliga a considerar al sistema de normas jurídicas y a la sociedad como la cara de una misma moneda⁴¹³. De esta forma para el funcionalismo dicha relación tiene el carácter de esencial.

Bajo este mismo orden de ideas habrá de entenderse a la acción como una entidad que existe sólo dentro de la sociedad⁴¹⁴. JAKOBS rechaza la concepción ontológica de la acción que propone el finalismo y establece un sistema que se fundamenta en el reconocimiento que hace la propia sociedad sobre la conducta que ha de ser repelida contrafacticamente en aras del mantenimiento de la vigencia de la norma. El fundamento para que una conducta pueda ser considerada como sometible a una pena ha de depender de la configuración de la sociedad en un momento histórico determinado y no atribuir el contenido de la acción a factores naturalísticos como lo hace el finalismo⁴¹⁵.

A efectos de la investigación hemos de adoptar la teoría funcional de la acción bajo las pautas desarrolladas por JAKOBS, en otras palabras, bajo condiciones de evitabilidad. Incluso cuando el autor lleva a cabo un análisis del finalismo, él mismo ya lo hace desde el punto de vista de lo evitable tanto en el delito doloso como en el imprudente⁴¹⁶.

Para el funcionalismo la acción habrá de entenderse como una expresión de sentido bajo un esquema de naturaleza comunicativa siempre y cuando las comunicaciones se encuentren dentro esquemas que clasifiquen a dichas comunicaciones como relevantes⁴¹⁷. La acción será igualmente entendida para los casos de acción y omisión como dos caras de la misma moneda⁴¹⁸. En este sentido ha de ser

⁴¹¹ MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, op. cit., págs. 39-40.

⁴¹² CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II Teoría general del delito*, 6ª. edic., Tecnos, Madrid, 1998, pág. 43.

⁴¹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, *Introducción al Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008, pág. 12.

⁴¹⁴ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 10.

⁴¹⁵ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 15.

⁴¹⁶ “La acción, por tanto, es expresión de un sentido; esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente, de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dominante dirigida a evitar las consecuencias” en, Günther, JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 28.

⁴¹⁷ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 29.

⁴¹⁸. “En el caso del empleo de un vehículo automotor “empleo significa que, según en qué situación no debe acelerar (y si a pesar de esto lo hace, realiza, porque actúa, un delito de comisión) o debe frenar (y si no lo hace, realiza-comete- un delito de omisión porque no hizo lo que era correcto)”, en Günther, JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 36.

comprendida la acción terrorista en un sentido amplio y la acción de conformación organizativa como terrorismo en sentido estricto.

La acción entendida como una expresión de sentido ha de alejarse de un concepto causal y final para ser situada dentro de lo social. Ello dentro del marco evolutivo de la teoría de la acción, donde se pasó de estimar al hombre como un ser meramente causal a uno que imprime una finalidad en su actuar⁴¹⁹. La acción pone en cuestionamiento el orden de validez normativo⁴²⁰. Para el sujeto que pone en marcha una acción u omisión consumada o en grado de tentativa, la norma no constituye un parámetro suficientemente fuerte para regir su comportamiento⁴²¹. Desde el punto de vista de la evitabilidad “se crea de manera evitable una condición del resultado”⁴²². JAKOBS incluso va más allá y llega a plantear un sugerente modelo donde se considera a la acción como un concepto culpabilístico⁴²³. El tema será abordado a profundidad en otro momento de este trabajo de investigación. Por el momento basta decir que, para el Derecho penal, sólo la vulneración de la norma culpablemente constituye fundamento para la imposición de la pena ante el cuestionamiento de la vigencia de la norma⁴²⁴. El terrorismo se especializa, como acción imputable, en la vulneración sobre el modelo de orientación.

Para JAKOBS “acción es convertirse en culpable; formulándolo de otro modo: acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma (...) es la acción de un Derecho penal de culpabilidad (...)”.

Estas cuestiones poseen una vinculación directa con las nociones de imputación que se han desarrollado desde la época de ARISTÓTELES. Imputar no quiere decir elaborar simple y sencillamente una comparación entre el hecho y la norma aplicable por lo cometido⁴²⁵. Si esto fuese así, la categoría de imputación no habría despertado tan acalorados debates, consistiendo hasta nuestros días en una temática donde no existe realmente un modelo aceptado pacíficamente dentro de la doctrina penal. “Imputar no consiste en aplicar una ley. Imputar no es sancionar. Imputar no es tampoco constatar algo. La imputación se presenta como un juicio en virtud del cual se establece la responsabilidad de un agente por lo realizado”⁴²⁶. No es lo mismo conformar una organización terrorista que imputar dicha conformación.

⁴¹⁹ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *Lege Ferenda* sobre el homicidio preterintencional”, en *RFDUG Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero II*, núm. 13, Granada, 1987, 2º cuatrimestre, publicado en 1989, pág. 220.

⁴²⁰ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., págs. 37-38.

⁴²¹ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 40.

⁴²² JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 41.

⁴²³ “Lo que aquí se pretende no es fundamentar la necesidad de la culpabilidad, como presupuesto de la responsabilidad, sino desarrollar el concepto de acción en el Derecho penal culpabilístico que tenemos; por consiguiente, sea cual sea la razón de que en una concepción moderna la pena presupone culpabilidad, en todo caso puede decirse que en el marco de tal concepción no existe una lesión a la vigencia de la norma jurídico-penalmente relevante sin culpabilidad, esto es que la finalidad de la pena no cristaliza en la vulneración de la norma –que puede producirse sin culpabilidad– como injusto, sino en la culpabilidad”, en Günther JAKOBS, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág.50.

⁴²⁴ JAKOBS, Günther, *El concepto jurídico penal de acción*, op. cit., pág. 50.

⁴²⁵ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2008, pág.33.

⁴²⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, op. cit., pág. 47.

III.- Modelos de imputación

A) Promover y constituir como expresión de sentido fundacional

Después de haber expuesto brevemente la forma en la que la doctrina de JAKOBS considera el concepto de acción bajo parámetros de evitabilidad y culpabilidad, hemos de analizar pormenorizadamente cada una de las modalidades de la conducta de terrorismo contenida en el artículo 571. Como lo señala TORÍO LÓPEZ, el lenguaje empleado suele ser considerado por el legislador como de la máxima precisión cuando en realidad se encuentra plagado de imprecisiones al momento de establecer los elementos del tipo⁴²⁷. En el caso del artículo que se explora no es la excepción como se podrá constatar en el presente capítulo.

El legislador ha considerado que el hecho de “promover” una organización o grupo terrorista debe de ser sancionado. Ello en atención a que el Derecho penal en su vertiente valorativa tiene esa misión⁴²⁸.

La conducta consistente en el hecho de promover la agrupación (que engloba genéricamente organización y grupo) terrorista, puede materializarse lógicamente en la figura del promotor. Éste pertenece a un ámbito temporal anterior a la existencia de la organización criminal⁴²⁹. Implica un acto preparatorio autónomamente incriminado. La diferenciación en cuanto a las temporalidades, ha de tener una importancia considerable, por lo que dicha cuestión no debe de ser tomada como un detalle de bagatela. El promotor coadyuva a la conformación de la organización desde su génesis a tal grado que se le puede equiparar al concepto de fundador⁴³⁰. Esta diferenciación es importante debido a que en el lenguaje común al pensar en promotor, parece como si se estuviera hablando de una persona que cumple una función accesoria, periférica en cuanto a los roles que ha de desempeñar.

En cambio, resulta que la función del promotor es de tal importancia que en caso de que el sujeto permanezca dentro de la organización con posterioridad a su fundación, entonces lo más lógico será que pase a tener un papel de liderazgo y por ende se le deberá de sancionar como directivo⁴³¹. La cuestión central para el hecho de promover, es que es la primera piedra que se coloca como base para todo el edificio delictivo. Promover la conformación de una organización terrorista produce inseguridad. Por esta razón el legislador le ha considerado como una figura como digna de sanción.

El problema que ha acompañado al delito de terrorismo es el relativo a la participación de diferentes clases de sujetos que poseen roles semejantes o equiparables dentro de la organización; no es fácil poder establecer límites claros en cuanto a la actuación de los distintos sujetos que se encuentran involucrados en el fenómeno que gira en torno a la organización criminal. Esta situación caótica no es exclusiva del

⁴²⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, pág. 391.

⁴²⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Porrúa, Ciudad de México, 2001, pág. 13.

⁴²⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 243.

⁴³⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 243.

⁴³¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 243.

terrorismo sino que más bien es común a los delitos de organización⁴³². La nueva legislación así lo demuestra, ya que el legislador español ha sido especialmente incisivo en la descripción de las diferentes conductas. De esta manera el hecho de promover genera una importante confusión ya que habrá que situar en algún nivel importante, pero que es nebuloso en cuanto a su posicionamiento.

Promover, conforme a su significado dentro de nuestra lengua, quiere decir: “(i)nicar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro. Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”⁴³³. En el mismo sentido, ser promotor significa “Que promueve algo, haciendo las diligencias conducentes para su logro”⁴³⁴. Estas definiciones ayudan para poder identificar la clase de rol que ha de jugar el promotor dentro de la esfera delictiva de la organización. El promotor es un iniciador operativamente hablando. Sin embargo, ahora se presenta la dificultad de determinar qué clase de acciones componen los elementos objetivos que ha de llevar a cabo el sujeto iniciador o fundador. La sentencia de 19 de octubre de 1956 señala al sujeto fundador como aquel que reconstruye en una zona territorial determinada una organización con sujetos que comparten su misma orientación ideológica⁴³⁵.

El proceso de iniciarse en la senda del terrorismo es complejo y requiere de un análisis pormenorizado⁴³⁶. La complejidad radica en que el ingreso a las filas del terrorismo como promotor se encuentra revestido de condiciones multifactoriales que atañen a temas de psicología, criminología e incluso sociología, temas que a pesar de su importancia, escapan de los extremos de nuestra investigación.

En cuanto al significado de la acción de promover, la siguiente resolución emplea dicho verbo en el sentido al que hemos aludido:

“En el Reino Unido de Gran Bretaña, la Ley Relativa al Terrorismo, del año 2000, define al terrorismo (art. 1º) como la perpetración o la amenaza, dirigida a *promover una causa política, religiosa o ideológica, de cometer un acto determinado* afectando gravemente a una persona o a un bien, poniendo en peligro la vida, amenazando gravemente la salud o la seguridad de personas o de grupos de personas, o teniendo por objeto perturbar o alterar gravemente el sistema electrónico, a los fines de influenciar o intimidar a la población o a una parte de ella.”

El hecho de promover guarda una estrecha relación con el segundo modelo de imputación, constituir. Existe una enorme semejanza entre lo que quieren decir los verbos aludidos y lo que el legislador, en un (presuntoso) ánimo exhaustivo, ha decidido incorporar en la nueva redacción del artículo 571. En cuanto a la relación que existe entre los verbos, el diccionario de sinónimos también puede ayudarnos en nuestra búsqueda de una perspectiva clarificadora.

⁴³² CORDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, tomo II, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 2608.

⁴³³ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, pág. 1844.

⁴³⁴ *Diccionario de la lengua española*, op. cit., pág. 1844.

⁴³⁵ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Libertades cívicas y Derecho penal (sobre los delitos cometidos en ocasión de del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes)*, Tecnos, Madrid, 1975, pág. 179.

⁴³⁶ HORGAN, John, *Psicología del*, op. cit., pág.125.

Promover es sinónimo de originar, procurar y suscitar⁴³⁷. Constituir equivale a erigir, formar, fundar, instituir e integrar⁴³⁸.

La finalidad de trasladar del diccionario a nuestra investigación dichas referencias no es otra que la de tratar de desentrañar el verdadero sentido del por qué, el legislador decidió ser tan minucioso en la redacción del tipo a tal grado que desde nuestro punto de vista redundante en la terminología típica. Tanto el significado como los sinónimos de los verbos rectores abarcados por el tipo comparten semejanzas importantes. Sólo en el caso de la última conducta -dirigir- encontramos características mucho más definidas y clarificadoras.

Las primeras dos clases de acciones, como modelos de imputación, promover y constituir, parten de un principio inicial que se puede insertar en el modelo dialéctico de HEGEL. Es un proceso creador donde anteriormente se parte de “la nada” y cuando el acto humano se despliega por medio de la acción, se desencadena un proceso creativo generando un nuevo ser. En un afán meramente pedagógico, podemos ejemplificar la labor de un pintor que ante un lienzo blanco o una pared decide crear un fresco o un mural, de tal suerte que se modifica el mundo y da nacimiento a un ser nuevo. Lo mismo sucede con aquellos sujetos que deciden fundar de la “nada” un “algo” que se materializa en una agrupación de tipo terrorista.

Los sujetos conformadores en sus múltiples acepciones ya han sido contemplados en el tratamiento de los tipos relativos a las asociaciones ilícitas⁴³⁹. Como habíamos esbozado anteriormente, además de tratar de encontrar diferencias entre conductas que real y prácticamente quieren decir lo mismo, el verdadero problema se encuentra en la temática de la participación, misma que será tratada en su momento oportuno. Nos sumamos a la consideración de LAMARCA PÉREZ en cuanto a la vaguedad de las figuras a las que nos estamos abocando en lo que ella denomina una ausencia de determinación de la identidad participativa debido a la falta de explicación por parte del legislador⁴⁴⁰.

Para otra parte de la doctrina, el hecho de promover ha de ocupar el mismo rango que el de director que será de la máxima importancia como se abordará en el futuro ya que son los ideólogos, adoctrinadores y reclutadores de los miembros de la banda terrorista en cuestión⁴⁴¹.

Sirve de apoyo la STS 36/2005 de 26 de septiembre resolución de las máximas autoridades españolas en materia jurisdiccional a pesar de que en el rubro se haga la mención de que dicha Sentencia ha sido anulada, sirve para fines de exposición parte del contenido la citada resolución: (...)una serie de individuos, (...)progresivamente empezaron a utilizar sus templos para intentar convencer a los que allí concurrían acerca de la imperiosa necesidad de defender a ultranza sus postulados religiosos e imponerlos a todo «no creyente» o «infiel» por cualquier medio, por coercitivo que fuera,

⁴³⁷ *Gran diccionario de sinónimos y antónimos*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, pág. 1069.

⁴³⁸ *Gran diccionario de sinónimos y antónimos*, op. cit., pág. 390.

⁴³⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 240.

⁴⁴⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., págs. 240-241. Aludiendo a la falta de claridad en las categorías, se expresa en el mismo sentido Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades*, op. cit., pág. 178.

⁴⁴¹ LLOBET ANGLÍ, María, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 367.

incluyendo acabar con la vida de todo humano que, integrado en una sociedad democrática o no, se opusiera a la instauración de un Estado islámico bajo el imperio de la sharia o Ley islámica en su interpretación más radical, extrema y minoritaria. (...)Esta función de adoctrinamiento que se impartía en España, perseguía un objetivo concreto: Reclutar a individuos pertenecientes, de manera principal, a esa colonia Siria para enviarlos a campos de entrenamiento, controlados por la red terrorista *Al Qaeda*, a fin de que recibieran adiestramiento en el manejo de armas y explosivos para que posteriormente pudieran dedicarse a hacer la *Yihad*. (...)Pero, de forma progresiva, no ya usando, sino abusando de las facilidades que son inherentes a ese sistema de libertades, comenzaron a utilizar sus lugares sagrados para convencer a las personas que allí concurrían de la necesidad ineludible de imponer a todo humano sus postulados religiosos, y consecuentemente, su forma de vida, y hacerlo por la fuerza, costase lo que costase, al considerar que la vida en esta vida carece de valor alguno, y morir luchando contra los infieles es un privilegio (...)"

Por lo que se refiere a constituir, este verbo quiere decir "Formar, componer, ser. Establecer, erigir, fundar"⁴⁴². Es importante tener presente para nuestro análisis que las organizaciones criminales suelen tener enormes similitudes con las empresas lícitas. Para BOTTKE, en materia de criminalidad organizada, ésta se establece como una pluralidad de miembros sociales que se reúnen bajo un acuerdo por un tiempo indefinido al igual que las empresas lícitas y de la misma manera produce beneficios que se asemejan a ganancias industriales⁴⁴³. Por tanto, para comenzar a tener beneficios deberá de haber un proceso creador formal antes del inicio de la realización de operaciones. Naturalmente, las organizaciones terroristas no acudirán ante la autoridad para darse de alta en los sistemas registrales del Estado, pero lo que es verdad es que sí habrán de implementar una especie de mecanismo fundacional.

Para muestra de lo anterior, nos sirve el siguiente extracto de la STS 480/2009, referente a los objetivos ideológicos de ETA que buscaba implantar en cuanto a su relación con el Estado español: "El otro concepto fundamental para avanzar en el proyecto de "construcción nacional", junto a la "acumulación de fuerzas", era la denominada "desconexión" paulatina con el Estado Español, concepto que hacía referencia a la necesidad de promover conductas colectivas de "desobediencia" que permitieran ir sustrayendo al Estado importantes parcelas de su control normativo y *constituir una legalidad alternativa, concretada en un censo de carácter étnico-ideológico, en una documentación basada en dicho censo, que diferencie a unos ciudadanos de otros, en la convocatoria de plebiscitos que pretendían dar legitimidad a un entramado institucional paralelo, en la red denominación por la vía de los hechos de calles, instituciones, etc, en la implantación forzosa del euskara en la vida cotidiana de los ciudadanos, a través del pequeño comercio, de las relaciones entre Administración y administrados, etc., conformando un cuerpo social que, de facto, viviera como si se hubiera alcanzado ya el objetivo de constituir un estado independiente"*.

⁴⁴² *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 632.

⁴⁴³ BOTTKE, Wilfried, "Mercado criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal, Universidad de Salamanca*, Salamanca, 1998, pág. 2., citado por Luis M REYNA ALFARO, "La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: reflexiones críticas preliminares", en *CPC* núm. 80 del Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, nueva imprenta S.A., Madrid, 2003 pág. 356.

La propia sentencia más adelante nos ilustra para los fines de esta investigación acerca de los objetivos que se pueden llegar a perseguir a través de la constitución de una organización paralela al Estado de Derecho con importantes semejanzas empresariales: “A partir de tal apoderamiento, Gadusmar S.L. inició un proyecto de expansión en Iberoamérica a fin de constituir una red empresarial dotada de actividad mercantil propia, generadora de recursos, tendentes al sostenimiento laboral y económico de miembros de la organización terrorista ETA asentados en Cuba, desarrollando su actividad en este país y también en Panamá a través de la comercialización de bacalao y otros productos.”

El hecho de constituir una empresa, legal o ilegal, siempre habrá de traer aparejada el alcanzar un objetivo determinado por lo que la constitución representa el primer paso en el proceso de organización empresarial. Es la primera piedra que se habrá de colocar para el levantamiento del edificio delictivo. Esta es la característica que genera mayor confusión frente al promotor, el momento inicial de la constitución de la agrupación.

Tal comportamiento requiere la modalidad dolosa, ya que habrán de iniciarse una serie de actos de naturaleza fundadora que sólo se pueden llegar a alcanzar a través de la no evitabilidad⁴⁴⁴.

En el sentido de la imputación, promover y constituir se encuentran en el mismo nivel. Su semejanza puede llegar a ser englobada dentro del concepto de fundador. En realidad promover es una forma de constituir por lo que es hasta cierto punto superfluo que el legislador haya sido tan meticuloso en la diferenciación del título de imputación. Lo trascendental es subrayar que dichos criterios de imputación son anteriores a la conformación de la organización/grupo.

Los autores de promover y constituir son considerados como “cabecillas”, no sólo en el terrorismo, sino en la tipología de organización criminal en general⁴⁴⁵. Los sujetos que llevan a cabo tales acciones demuestran que el sentido normativo por el que se conduce la sociedad es irrelevante. De esta manera la promoción y la constitución ponen de manifiesto que el sentido orientado de la norma no tiene importancia, de tal suerte que promover y constituir una organización terrorista tiene un mayor valor axiológico para los cabecillas. Estas acciones manifiestan normativamente la génesis de lo que posteriormente será la organización criminal. Sin embargo, a pesar de ser imputaciones en un estadio primitivo, su sentido desorientador es manifiesto.

Para POLAINO-ORTS, el hecho de sancionar a quien promueve la organización criminal implica un doble adelantamiento de la barrera de punibilidad que resulta

⁴⁴⁴ “ (...) si el autor hubiera sido motivado predominantemente por los elementos relevantes para evitar un comportamiento, se habría comportado de otro modo; así pues, el comportamiento ejecutado pone de manifiesto que al autor en ese momento no le importaba la evitación predominantemente.”, en Günther JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 13.

⁴⁴⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial, adaptadas a la Ley orgánica 5/2010 de reforma del CP*, tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, pág. 570.

excesivo⁴⁴⁶. No obstante, en el caso de las actividades de constitución la respuesta no es tan sencilla. Sin embargo, la norma no dota de ningún parámetro para distinguir la diferente proximidad lesiva frente al bien jurídico y la vigencia de la norma.

Desde la perspectiva temporal, es indudable que los actos de promover son anteriores a la conformación de la organización. Sin embargo, al momento de explorar las acciones de constitución el tema puede llegar a complicarse. Ello se debe a que en el momento en el que se constituye se está en un periodo intermedio, podríamos decir un breve lapso de gestación del injusto. Para POLAINO-ORTS, constituir ya presupone la existencia de la organización⁴⁴⁷. Sin embargo, desde nuestro punto de vista constituir implica un acto nuevo que no antecede a ninguno más. Constituir no puede permanecer en el mismo título de imputación que organizar o dirigir. El tema abre la posibilidad de distinguir un *inicio* de los actos fundacionales a nivel de constitución y un *final* de los mismos. En este sentido, al concluir la etapa fundacional entonces se puede estimar como “real”, la existencia de un sistema terrorista organizado.

B) Organizar

La acción organizativa presupone la existencia de una estructura. El hecho de organizar significa establecer un modelo a seguir. Un plan de ejecución para alcanzar los objetivos que justificaron o fundamentaron la promoción y sobre todo la constitución de la banda u organización, orientada hacia fines de naturaleza antijurídica. Organizar conforme al diccionario arroja lo siguiente: “establecer o formar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados”⁴⁴⁸.

En materia de delincuencia organizada, hay una interesante jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito en México, correspondiente a la 9ª época, septiembre de 2006 que se titula “delincuencia organizada, naturaleza del delito de”⁴⁴⁹ que establece lo siguiente: “(...)desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización”. La resolución incluso va más allá de las

⁴⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales”, op. cit., pág. 570.

⁴⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “Organizaciones y grupos criminales”, op. cit., pág. 570.

⁴⁴⁸ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 1631.

⁴⁴⁹ La jurisprudencia emitida por la máxima autoridad jurisdiccional mexicana es a todas luces una resolución de Derecho penal del enemigo, mismo que será abordado durante la investigación en su momento oportuno, resaltando los datos característicos más importantes de dicho modelo emanado de la moderna dogmática funcionalista de JAKOBS y que ha encontrado un amplio desarrollo en la Universidad de Sevilla.

acciones materialmente organizativas y valida la sanción del mero acuerdo organizativo, es decir, un momento anterior que implica un adelantamiento del adelantamiento.

La conformación de la organización terrorista es el resultado delictivo. En este sentido el resultado será un efecto previsible y objetivamente peligroso⁴⁵⁰.

Lo relevante de la organización como modelo de imputación radica en el establecimiento de un orden, una serie de directrices para que el sistema ilícito pueda llevar a buen puerto sus propósitos. La gran importancia y diferencia en la que radica la acción de organizar, es en que a través de esta se establecen pautas para la distribución de roles y funciones. Esa es la verdadera importancia de la acción organizativa que el legislador español ha considerado reprobable. El hecho de organizar un injusto de esta naturaleza presupone evidentemente la existencia de la organización/grupo terrorista. No es posible organizar la nada.

Dicha valoración negativa que emite el legislador se fundamenta en que el grado de inseguridad que aportan los sujetos al organizarse en torno a una finalidad delictiva, es notable y no puede ser tolerado dentro de un Estado democrático de Derecho que aspire a seguir subsistiendo en el futuro. En el mismo sentido la falta de organización aporta menos inseguridad que la sistematización de la violencia a través de la asociación⁴⁵¹.

El hecho de que la acción de organizar tenga su eje en la distribución de roles y funciones habrá de generar, forzosamente, que haya una estructura de tipo piramidal o por lo menos de naturaleza jerárquica. GARCÍA RAMÍREZ, citando la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada (norma mexicana de Derecho penal del enemigo por excelencia), establece que la tipología delictual gira en torno a la acción organizativa⁴⁵². El hecho de organizar importa necesariamente una ramificación y un régimen entre los miembros⁴⁵³. El título de imputación en comento es el corazón del sistema “organización terrorista” y representa comunicativamente un desafío a la autoridad política y al Derecho.

La actividad organizativa es el núcleo de la organización terrorista; sin esta columna vertebral no se puede concebir al delito de terrorismo como se lleva a cabo en la actualidad y por ende su persecución sería mucho más difícil.

⁴⁵⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 36, Fascículo II, Madrid, 1983, pág. 236.

⁴⁵¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Sobre el concepto de terrorismo”, op. cit., pág. 543.

⁴⁵² “La exposición entiende esta forma de delincuencia como una organización permanente con estructura jerárquica respetada, compuesta por individuos disciplinados que se agrupan para cometer delitos”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 103.

⁴⁵³ DELINCUENCIA ORGANIZADA. CONFIGURACIÓN DEL DELITO (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE MÉXICO). El delito de delincuencia organizada (antes asociación delictuosa) previsto por el artículo 178 del CP del Estado de México, tiene como elementos los siguientes: a) Que una persona tenga participación en una agrupación o banda organizada; b) Que la finalidad de ésta sea cometer delitos; y c) Que con lo anterior afecte bienes jurídicos de las personas o de la colectividad; en tal virtud, cuando no existe elemento probatorio alguno que indique que la agrupación o banda estaba organizada, es decir, que tuviera un carácter más o menos permanente, con un régimen establecido y el fin de ejecutar diversos hechos delictuosos, por no advertirse la repetida actuación de sus integrantes en la ejecución de delitos indeterminados, es claro que no basta la participación conjunta de personas en la comisión de un delito para estimar que se actualizaría el ilícito en comento, toda vez que de ser así se confundiría el delito con la coautoría.

En términos del sistema funcionalista en que se inscribe este trabajo, podemos afirmar que la acción de organizar posibilita el establecimiento de una comunidad normativa. Este moderno concepto gira en torno a los diferentes aportes que se dan al hecho⁴⁵⁴, en este caso, al suceso consistente en organizar una agrupación terrorista. Par que exista una verdadera imputación objetiva del riesgo no permitido, la comunidad normativa habrá de fundamentarse en un acuerdo objetivo sobre el comportamiento⁴⁵⁵. El acuerdo objetivo es el *quid* de la acción organizativa dentro del injusto de los llamados delitos de organización. La imputación objetiva distingue la causación de la imputación⁴⁵⁶.

Todos los participantes se encuentran emparentados por una cuestión común que es la voluntad de vulnerar la norma jurídica⁴⁵⁷. De esta manera existe un fenómeno de simbiosis⁴⁵⁸ entre la comunidad normativa perteneciente a la organización terrorista y los modelos de orientación existentes en la sociedad de personas. El hecho de organizar una banda armada o en este caso, una de naturaleza terrorista tiene un nivel tal de similitud al de las organizaciones empresariales que asumen las mismas estructuras y modelos procedimentales para alcanzar sus fines⁴⁵⁹.

El suceso organizativo es uno de los rasgos más característicos de la moderna concepción del terrorismo moderno aunque la doctrina, la ley y la jurisprudencia han comenzado a analizar tipos penales donde se plantea la posibilidad del llamado terrorismo individual. Sin embargo, lo importante consiste en subrayar que el hecho de organizar de acuerdo a la distribución de roles y funciones se lleva a cabo bajo un esquema de aportaciones diferenciadas que realizan cada uno de los miembros del injusto sistémico⁴⁶⁰.

El hecho de organizar una banda u organización criminal y estructurarla genera una influencia negativa sobre el sistema social, jurídico y político⁴⁶¹, de ahí que el hecho de organizar sea punible para el legislador español. Por ello la organización terrorista habrá de ser considerada como una estructura colectiva compleja⁴⁶². Dicha complejidad no sólo se refiere al nivel organizativo que está implícito en toda agrupación, sino que la cuestión es que hay variabilidad en cuanto a mandos y jerarquías dentro de la propia organización⁴⁶³.

⁴⁵⁴ CORCINO BERRUETA, Fernando, “Coautoría, imputación objetiva y semántica social”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BERRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, pág. 120.

⁴⁵⁵ CORCINO BERRUETA, Fernando, “Coautoría”, op. cit., págs. 120-121.

⁴⁵⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 39, Fascículo I, Madrid, 1986, pág. 33.

⁴⁵⁷ CORCINO BERRUETA, Fernando, “Coautoría”, op. cit., pág. 134.

⁴⁵⁸ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico”, op. cit., pág. 2.

⁴⁵⁹ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico” op. cit., pág. 3.

⁴⁶⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 86.

⁴⁶¹ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 26.

⁴⁶² DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 277.

⁴⁶³ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 276.

Acerca del sujeto organizador, este deberá por lógica, por lo menos en un principio-recordemos que las posiciones y roles de mantienen pero los sujetos que los ejercen cambian-llevar a cabo alguna especie de organigrama o plan de trabajo para su agrupación y deberá de comenzar a dividir los roles bajo parámetros de especialización⁴⁶⁴.

Es importante también poner de relieve que desde la perspectiva del organizador, habrá de considerar el tipo de proyección que se le dará al injusto sistémico; nos referimos, por ejemplo al nivel de impacto de influencia territorial ya sea nacional o internacional así como el tipo de actividad o actividades a realizar⁴⁶⁵.

C) Dirigir

La última modalidad de la conducta que ha considerado el legislador español es la de dirigir, misma que quiere decir “(e)nderezar, llevar rectamente algo hacia un término o lugar señalado. Guiar mostrando o dando las señales de un camino. Encaminar la intención y las operaciones hacia determinado fin. Gobernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión”⁴⁶⁶.

Conforme a la Sentencia del 30 de octubre de 1967 el dirigente es un sujeto que forma parte de la organización y lleva a cabo un rol de mando y autoridad desempeñando labores materiales e intelectuales dentro de la misma. Posee facultades ejecutivas y es relevante frente a las demás categorías de los miembros, trabaja de manera contundente por el bien de la organización⁴⁶⁷.

Organizar y dirigir son dos verbos que van de la mano cuando se conforma una organización criminal. El organizador y el director suelen concentrarse en la misma persona o personas. El que organiza comúnmente tiene el mayor conocimiento dentro de la agrupación y por ende será quien tenga el mayor control sobre la misma.

El director de la organización ocupará un lugar preponderante en el organigrama criminal y tendrá, al igual que todos los demás miembros, que desempeñar labores específicas pero al máximo nivel. El director suele ser considerado como jefe y este a pesar de tener uno de los puestos de mayor jerarquía, tiene que ser cuidadoso en cuanto a la designación de los roles y funciones que desempeñará cada uno de los miembros. El sujeto director tiene facultades para organizar o reestructurar el sistema criminal.

El jefe no puede encargarse de “todo” so pena de caer en una situación vulnerable dentro de su propia empresa⁴⁶⁸. El director, en cuanto a sus facultades ejecutivas, ha de ser el principal responsable de la distribución de roles y funciones de acuerdo con el modelo organizativo elegido. Habrá de tomar las decisiones con la

⁴⁶⁴ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 280.

⁴⁶⁵ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000, pág. 7.

⁴⁶⁶ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 830-831.

⁴⁶⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Libertades*, op. cit., pág. 17

⁴⁶⁸ VON HENTIG, Hans, *Estudios de psicología criminal Vol. V. El gangster*, traducción de José María RODRÍGUEZ DEVESA, Espasa-Calpe, Madrid, 1965, pág. 68.

cabeza fría⁴⁶⁹. El hecho de dirigir una organización de tipo terrorista implica una enorme responsabilidad hacia el resto de los miembros.

La existencia de sujeto(s) con rol directivo responde a una razón de especialización que el propio legislador ha considerado como distinta de las demás funciones que desempeñan los miembros restantes. La naturaleza tipológica del directivo demuestra otra forma de especialización. Anteriormente a la ley 23/1976, el carácter de directivo solía ampliarse tanto que incluso se llegaba a confundir con afiliados o miembros con funciones de tipo periférico⁴⁷⁰. Esto es precisamente lo que la nueva redacción del artículo 571 busca erradicar completamente, de ahí lo específico de las acciones que se describen y que en un principio llegaban a parecer redundantes.

Para parte de la doctrina existe una diferencia entre los promotores y directores que pertenecen a las organizaciones terroristas y los presidentes que fungen como líderes de las llamadas asociaciones criminales⁴⁷¹. Desde nuestra perspectiva, consideramos que la excesiva especialización en los términos raya en lo confuso. Lo importante del tema es que las labores de dirección, se les llame como se les llame, resultan ser de la máxima importancia y mayor desestabilidad para la vigencia de la norma.

El director dentro de la organización terrorista será el encargado de repartir los roles al interior de la organización⁴⁷². Esto es en razón a que como se mencionó anteriormente, el organizador suele tomar el mando de director debido los conocimientos especiales que posee y que le otorgan el máximo nivel jerárquico dentro de la organización terrorista.

Sin embargo, ello no significa que el rol de organizador sea el mismo que el de director. Por ello el legislador español lo ha diferenciado en la redacción del artículo 571. Puede darse el caso en el que el organizador sea el mismo que el director. Por otra parte también existe un debate meramente terminológico sobre la diferenciación entre directores y directivos. En este sentido coincidimos con la opinión de CANCIO MELIÁ cuando afirma que ambos términos se refieren a aquellos sujetos que poseen el control de la organización⁴⁷³. Para otro segmento de la doctrina la cuestión no se encuentra resuelta del todo ya que sugiere que se considere al dirigente como un estrato intermedio entre directivo e integrante⁴⁷⁴.

A pesar de la similitud terminológica que pudieran importar la determinación de la posición del dirigente, realmente para el examen de la imputación resulta ser lo mismo debido a que ambas categorías han de pertenecer al mismo grado jerárquico

⁴⁶⁹ “Debe coordinar las capacidades de un especial rendimiento de los demás. Debe acertar en la elección de esos colaboradores y acreditar en ello una cabeza fría”, en Hans VON HENTIG, *Estudios*, op. cit., pág. 68.

⁴⁷⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 241.

⁴⁷¹ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2451.

⁴⁷² CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2451.

⁴⁷³ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 1291-1292.

⁴⁷⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 243.

dentro de la organización, es decir, a la élite de la misma; ello se debe a que el grado de aportación funcional que realizan al injusto es bastante elevado⁴⁷⁵.

Para la doctrina más autorizada en materia de terrorismo en España, la organización terrorista ha de tener una proyección en cuanto a la estrategia que habrá que llevarse a cabo para la consecución de los objetivos deseados⁴⁷⁶. Desde nuestra perspectiva, el que dirige la organización habrá de tener durante el ejercicio de su rol de liderazgo, que conducir a la organización terrorista hacia la obtención de los objetivos que hayan sido determinados por el organizador y que ya se encontraban incorporados en modelo constitutivo de la agrupación criminal. La agrupación terrorista, en particular, habrá de ir dirigida, como es bien establecido por la doctrina, hacia una proyección de tipo político⁴⁷⁷. De esta forma la labor de dirección entrará dentro de los linderos de atribución funcional que habrá de desempeñar el sujeto que posea el rol de dirección.

El sujeto que dirige la empresa criminal, habrá de poseer un cargo de tipo ejecutivo, donde su misión habrá de ser el último eslabón de la cadena delictiva en su fase de élite. De forma sintética se puede afirmar que el promotor inicia, el sujeto que constituye da forma y recubre a la empresa, el organizador asigna roles y funciones. Finalmente el dirigente lleva a buen puerto el proyecto estratégico del grupo terrorista y la representa.

En un ejemplo que puede servirnos para ilustrar, el dirigente de la organización es como el capitán de un barco, es la máxima autoridad funcional dentro del proyecto. Las élites dentro de la misma se encuentran en nivel de superioridad tal que en la mayoría de las agrupaciones terroristas los estratos inferiores no poseen ningún tipo de contacto con los dirigentes, sino que se limitan a recibir las órdenes de los mismos⁴⁷⁸.

La dirigencia forma parte de la élite porque si esto no fuese así y todos o gran parte de los miembros tomaran parte en las decisiones del grupo, entonces dicho procedimiento sería lento e ineficaz⁴⁷⁹. De esta manera será la cúpula más selecta la que habrá de encargarse de la toma de decisiones conforme a los objetivos trazados. En el mismo orden de ideas será la élite la que decida la suerte de los estratos inferiores o incluso de todo el grupo. Por ello las decisiones que tomen las dirigencias, habrán de ser de la máxima importancia.

Un ejemplo de esta situación es la posibilidad de establecer alianzas con otros grupos existiendo distintos grados de cooperación. La que más interesa a nivel de dirigentes es la llamada “cooperación operacional”. Esta modalidad de coadyuvancia delictiva es muy similar al tipo de cooperación y de alianza que existe en los Estados ante una situación de guerra, de tal suerte que la ayuda se traducirá en múltiples

⁴⁷⁵ Respecto a esta última idea, en realidad todos los sujetos mencionados en la fracción primera del artículo 571 los que promueva, constituyan, organicen o dirijan, son idóneos para el funcionamiento de la estructura criminal. En palabras de CANCIO la organización es funcionalidad, en Manuel CANCIO MELIÁ, “Sentido y límites de los delitos de terrorismo”, en José Ramón SERRANO-PIEDRECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., pág. 402.

⁴⁷⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Sentido y límites”, en José Ramón SERRANO-PIEDRECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., pág. 407.

⁴⁷⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Sentido y límites”, op. cit., pág. 409.

⁴⁷⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 283.

⁴⁷⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 283.

aportaciones de tipo operativo⁴⁸⁰ y además los dirigentes se diferenciarán en cuanto al control que se tiene dentro de la organización y sus actividades⁴⁸¹.

Ya se ha mencionado que existen importantes similitudes -y de hecho esa es la tendencia actualmente- entre las empresas lícitas y las organizaciones criminales, adoptando estas últimas modelos y tácticas de las primeras. Particularmente es importante encontrar una relación entre ambas especies de organizaciones para explorar las características de dirección que se llevan a cabo dentro de la organización terrorista. Para ello podemos emplear el modelo de FAYOL, para quien los roles de dirección son de tipo fundamental para la vida de una sociedad (entiéndase no como sociedad en sentido cultural, sino empresarial) y los ejemplifica como similares al sistema nervioso del cuerpo humano⁴⁸². “La dirección es un proceso de guía”⁴⁸³. Existe una diferenciación entre las funciones de dirección que suelen ser denominadas como campos de actividad y las funciones organizativas⁴⁸⁴.

Ello es de gran importancia para nuestro estudio, puesto que es así como el legislador español lo ha considerado, como diferenciado, donde las funciones organizativas corresponden al organizador y no al director, aunque en la práctica el organizador suele ejercer funciones de dirección al interior de la agrupación terrorista. La dirección de la agrupación implica tener una posición de liderazgo de tal suerte que la organización terrorista no prosperará si no hay liderazgo en la élite de la misma. Por ello entenderemos el rol de líder “como aquel que está continuamente actuando en un contexto de fuentes alternativas de significado y en una serie de sucesos de la organización”⁴⁸⁵. De entre toda la gama de factores que el director habrá de tomar en cuenta para la toma de decisiones, tendrá que considerar las implicaciones internas y externas que conllevan la toma de dichas decisiones⁴⁸⁶. Por ejemplo, el director o el órgano de dirección de una banda terrorista tendrá que evaluar los costes y beneficios que le importará la ejecución de cierto atentado terrorista, tomando en cuenta la posibilidad efectiva de que el artefacto explosivo detone, la potencial muerte o captura de los militantes seleccionados para llevar a cabo la tarea, el nivel de vigilancia policial, la hora y día para el atentado e incluso las condiciones climáticas.

En toda organización existe un sistema de roles dentro de un entramado comunicativo⁴⁸⁷ y dentro de dicho sistema existe la expectativa de que el director tome las decisiones adecuadas y los ejecutores realicen las acciones correctas para dar cumplimiento a los objetivos que fundamentan el ataque. “Para cada posición susceptible de ser ocupada por un hombre, trátase de una posición de sexo, edad, familia, profesión, nación clase o de cualquier otro tipo, tiene preparados “la sociedad” atributos y modos de conducta, a los que se enfrentan los portadores de tales posiciones

⁴⁸⁰ KARMON, Ely, *Coalitions between terrorist organizations. Revolutionaries, natiolalists and islamists*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2005, págs. 47-48.

⁴⁸¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 208.

⁴⁸² ZERILLI, Andrea, *Fundamentos de organización y dirección general*, traducción de Franco ANGELI, Deusto, Bilbao, 1988, pág. 65.

⁴⁸³ ZERILLI, Andrea, *Fundamentos*, op. cit., pág. 65.

⁴⁸⁴ ZERILLI, Andrea, *Fundamentos*, op. cit., pág. 48.

⁴⁸⁵ SMITH, Peter B / PETERSON, Mark F., *Liderazgo, organizaciones y cultura. Un modelo de dirección de sucesos*, traducción de Yolanda GARCÍA, Ediciones Pirámide, Madrid, 1990, pág. 104.

⁴⁸⁶ MÜNCH, Lourdes, *Liderazgo y dirección. El liderazgo en el siglo XXI*, Trillas-Eduforma, Sevilla, 2007, pág. 21.

⁴⁸⁷ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 156.

y con respecto a los cuales han de tomar una determinación”⁴⁸⁸. Los roles tienen múltiples características⁴⁸⁹ que aplican para todos los individuos de la pirámide de una sociedad y por ende también en un sistema como la organización terrorista.

A pesar de las distinciones que se han buscado establecer para los cuatro modelos de imputación, parte de la doctrina prefiere emplear un sistema de mayor generalización al momento de explorar las categorías de promover, constituir, organizar o dirigir. Así se establece que dichas acciones pueden ser clasificadas como “dirigentes”⁴⁹⁰. No compartimos la técnica empleada, porque cada una de las cuatro categorías tiene un sentido comunicativo propio así como roles diferenciados que bien vale la pena explorar en aras de una mayor claridad en el análisis del tipo.

IV.- Contenido normativo de los roles en los modelos de imputación

En el análisis que se ha llevado a cabo anteriormente sobre los elementos que caracterizan cada una de las modalidades de acción de las que trata el párrafo primero del artículo 571, se ha puesto de manifiesto que a pesar que el contenido gramatical de los verbos pudiera ser semejante en un momento, el contenido normativo es distinto.

A continuación procederemos a ampliar dicho estudio pero ahora exclusivamente desde la teoría de los roles. Dicha concepción constituye parte fundamental del paradigma funcionalista con el que se comulga en el presente trabajo de investigación.

La organización criminal como el eje sobre el que gira el tipo penal que se explora, constituye un subsistema y como tal se encuentra compuesto de operaciones y procesos autorreproductivos. En dichos procesos la organización criminal se ordena bajo parámetros de jerarquía y especialización. En opinión de DAHRENDORF dentro de la sociedad hay otro concepto que es el de “posición social” que resulta relevante en estas cuestiones, lo que permite afirmar, que dependiendo de la posición social donde nos encontremos, jugaremos un rol social determinado además de existir una vinculación directa entre el rol y lo que se espera de la conducta social del sujeto⁴⁹¹. El mismo modelo de distribución de esferas de organización que se presenta en la sociedad como sistema, puede aplicarse sin dificultad alguna a las agrupaciones terroristas.

El hecho de que el proceso comunicativo al interior del sistema se mantenga, representa la garantía existencial de la agrupación debido a que el continuo movimiento dentro de las filas y jerarquías le mantiene vivo. Es como un músculo del cuerpo: si éste es ejercitado se fortalece, y si no es estimulado o puesto en acción, el músculo se

⁴⁸⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, traducción de José BELLOCH ZIMMERMANN Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973, pág. 61.

⁴⁸⁹ “Tres características, ante todo, delimitan la categoría de rol social como elementos de análisis sociológicos: 1) Los roles sociales, al igual que las posiciones, son complejos de normas de comportamiento cuasi-objetivos y, en principio, independientes del individuo. 2) Su contenido específico no es determinado y transformado por cualquier individuo, sino por la sociedad. 3) Las expectativas de comportamiento vinculadas a los roles suponen una cierta obligación para el individuo que no puede eximirse de ellas sin sufrir daño, en Ralph DAHRENDORF, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 72.

⁴⁹⁰ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., “Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho penal*, op. cit., pág. 1195.

⁴⁹¹ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 70.

debilita. Esta cuestión, además, permite que su combate sea menos eficaz por parte del Estado, gracias a que mediante el continuo movimiento de las piezas que conforman el injusto, desaparecen los sujetos pero no los roles. Lo importante es precisamente el rol que se desempeña sin importar quién o quienes lo ejerzan. Cuando en una organización terrorista ya no exista el rol de promotor, constituyente, organizador o director, entonces el injusto sistémico se quedará sin substancia en la vida social y por ende habrá de desaparecer en términos de relevancia penal.

Para que la organización se mantenga habrá de poseer, como sistema, confianza hacia el interior de sus procesos comunicativos en torno al cumplimiento de las expectativas⁴⁹². Una vez que existe estabilidad dentro de la organización, entonces se pueden concretar y diferenciar los diferentes roles.

De entrada nos encontramos con un problema que se puede resumir en la siguiente pregunta: ¿los roles de los sujetos encargados de promover, constituir, organizar o dirigir, nacen en el mismo momento? La cuestión es complicada de resolver, pero intentaremos aproximarnos a la problemática. Pareciera que las cuatro modalidades de la conducta emanan del sistema organización/grupo terrorista. Sin embargo, la cuestión no es tan sencilla como pudiera parecer en una primera aproximación, básicamente por una diferencia de naturaleza temporal. Las acciones de promover y constituir resultan ser las “semillas”, la frase embrionaria de la organización terrorista, es decir, que son los primeros pasos en la construcción del edificio delictivo. Si esto es así, entonces ¿por qué el legislador lo sanciona?: lo sanciona porque ha considerado que dichas acciones poseen tal nivel de defraudación de expectativas que requieren una respuesta contrafáctica. Ningún Estado puede permitirse tolerar que miembros de su población realicen actos encaminados a vulnerar la existencia misma del Estado. Las conductas consistentes en promover y constituir van directamente orientadas hacia una meta, la consolidación del injusto sistémico.

El castigo de estas primeras acciones embrionarias se fundamenta bajo la teoría de los delitos de emprender o de emprendimiento. En este caso el legislador no habrá de esperar a que se consuma el delito, sino que se sanciona por haberse dado comienzo a la ejecución sin llegar a producirse la consumación⁴⁹³.

Es importante subrayar que los delitos de emprender no deben ser confundidos con los delitos en grado de tentativa. En los delitos de emprendimiento hay una equiparación entre la tentativa y la consumación, importando un cambio de paradigma en el enfoque que se debe de tener en cuanto al adelantamiento de las barreras de punición⁴⁹⁴. Las acciones de promover y constituir se encuadran, dentro de los llamados delitos de consumación anticipada mediante la autónoma incriminación de actos ejecutivos imperfectos⁴⁹⁵. En un sentido general es posible afirmar que en materia de delincuencia asociativa los tipos llevan encapsulada la anticipación punitiva⁴⁹⁶.

⁴⁹² PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 84.

⁴⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Perú, 2005, pág. 296.

⁴⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., págs. 296-297.

⁴⁹⁵ Dicha clasificación comprende tanto a los delitos en grado de tentativa como los delitos de emprendimiento, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *Instituciones*, op. cit., pág. 277.

⁴⁹⁶ GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en José CEREZO MIR (dir.), *RDPC*, 2ª época, núm. 2, UNED, Madrid, 1998, pág. 156.

Promover lleva una orientación y constituir también, ambas acciones van dirigidas hacia la construcción del edificio antijurídico que se orientan hacia la materialización del sistema, es decir, la organización criminal. Por ello también se les puede considerar bajo la luz de los delitos de intención⁴⁹⁷ por las razones que se exponen a continuación:

A) **Potencial de riesgo aportado**

La clasificación de los delitos de intención es de enorme importancia para el estudio de la moderna dogmática y en especial para delitos cuyo contenido dogmático y normativo se emparenta con los delitos de organización. Nos encontramos estudiando en un primer momento las conductas de promover y constituir como pasos previos a la existencia de la organización terrorista. En este sentido habrá que establecer con claridad en qué consisten los delitos intencionales en su singular modalidad de delitos mutilados de dos actos y cómo se encuentran vinculados con las acciones mencionadas anteriormente. Bajo este orden de ideas los delitos de intención mutilados de dos actos consideran determinadas conductas que se encuentran en la descripción penal, como medios ejecutivos para alcanzar un objetivo posterior por parte de los mismos sujetos, buscando llegar a un fin subjetivamente determinado⁴⁹⁸. Así sucede claramente con las acciones orientadas hacia promover o constituir las organizaciones terroristas.

El elemento subjetivo va más allá del dolo⁴⁹⁹ y en los verbos promover o constituir queda de manifiesto debido a que dichas acciones son la antesala de la existencia real de la organización terrorista, en otras palabras, que sus acciones van dirigidas hacia la finalidad conformativa de la agrupación terrorista.

Las acciones son sancionadas por el legislador y poseen características de delito mutilado de dos actos debido a que la categoría dogmática comprende la acción como si fuese consumada a partir de que se despliega la conducta básica pero considerando que dichos actos van orientados hacia la realización última considerada por el autor y que es exigida por la norma⁵⁰⁰. En nuestro caso ello se refiere naturalmente a la organización terrorista como injusto. POLAINO NAVARRETE explica el fenómeno de la siguiente manera, que bien vale la pena transcribir debido a su claridad e importancia para la temática que nos encontramos explorando: “Para la consumación de estos delitos no se requiere que el sujeto consiga alcanzar en la realidad el propósito que finalistamente pretendía, sino que basta con que el autor realice la conducta básica con esa intención”⁵⁰¹.

Esto es justo lo que sucede con las dos primeras categorías de acción; el hecho de promover, no requiere para que se le sancione como delito consumado, que efectivamente sea creada la banda terrorista, sino que bastan los actos iniciales de

⁴⁹⁷ “se caracterizan por exigir una determinada orientación subjetiva hacia una finalidad concreta trascendente más allá del ámbito propio del dolo, que se halla circunscrito a los elementos objetivos del tipo. Los delitos intencionales pueden ser de dos clases: delitos mutilados de dos actos y delitos de resultado cortado”, en POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., pág. 277.

⁴⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., pág. 277.

⁴⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., págs. 277-278.

⁵⁰⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., pág. 279.

⁵⁰¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., pág. 279.

impulso que son los que constituyen la promoción/constitución para que se le sancione de forma contundente. No es necesario que los actos fundacionales se materialicen en la estructura criminal nueva. En el caso particular de la constitución, será suficiente el inicio de la actividad orientada subjetivamente hacia la conformación para que sea punible.

De esta manera, no habrá de sancionarse a los sujetos bajo las reglas de la tentativa, sino que se llevará a cabo considerando el delito de terrorismo (organización o grupo terrorista) ya como consumado en base a su configuración subjetiva intencional, de tal suerte que no es viable estimar la existencia de categorías como tentativa de promoción y constitución⁵⁰².

Carece de importancia que se logre o no la efectiva conformación de la agrupación terrorista y aún así la conducta habrá de ser sancionada. En palabras de BINDING existe una voluntad orientada hacia la consecución de un objetivo para poder alcanzar por el mismo sujeto un resultado ulterior⁵⁰³, éste es el objetivo final al que busca acceder.

Las breves referencias que hemos hecho hasta ahora no pueden ser separadas del aspecto al que nos hemos venido refiriendo, por lo que en el estudio de la parte subjetiva abordaremos nuevamente la temática de los elementos subjetivos del injusto.

La cuestión que se debe tener presente ahora es que tanto la conducta de promover, como la de constituir, resultan ser anteriores a la creación de la organización en sí e incluso el legislador, a través de los delitos de emprendimiento y de los delitos intencionales mutilados de dos actos, ha sido especialmente contundente en cuanto a la punición de tales conductas considerándoles como constitutivas del *delito consumado de terrorismo*.

Desde el punto de vista objetivo el legislador establece un criterio idéntico en cuanto a la imputación de las cuatro conductas – promover, constituir, organizar o dirigir-donde las coloca al mismo nivel a pesar de pertenecer a momentos distintos. Ya que promover y constituir son conductas pre-organizativas, mientras que organizar y dirigir son roles que se habrán de ejercer necesariamente después de que ha sido creada la organización terrorista. Si atendemos a la redacción del artículo 571 podremos establecer que el legislador realiza una equiparación normativa de las conductas, a pesar de que gramatical y sobre todo ontológicamente, cada una de las acciones posee características propias.

Por otra parte, el tipo objetivo en un delito representa aquello que es considerado como opuesto a la norma, en otros términos, el contenido objetivo es aquello que no debe de ser y que se encuentra descrito en la descripción penal⁵⁰⁴. En el caso que nos ocupa ahora, las cuatro modalidades de la conducta son la parte del tipo objetivo que mayor interés nos despierta. Sin embargo, no es posible dejar de considerar que dichos elementos objetivos irán orientados hacia el elemento subjetivo del injusto consistente

⁵⁰² Por el momento no llevaremos a cabo mayores consideraciones con respecto al tema de la tentativa ya que esta materia será abordada en su momento oportuno.

⁵⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos del injusto*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972, pág. 252.

⁵⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs, “El tipo subjetivo”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BERRUETA, *Imputación objetiva*, op. cit., págs. 179-180.

en la conformación de la banda armada, por ello se ha de romper con el llamado paradigma del autor individual⁵⁰⁵, para considerar siempre que dichas acciones y la organización como tal, no son elementos separados que no se relacionan.

En la actualidad y en el presente trabajo hemos mencionado continuamente el injusto sistémico y hemos de decir que las acciones contenidas en el artículo 571 son el cuerpo que da vida, en diferentes momentos, a lo que será la organización delictiva o injusto sistémico. Esto quiere decir que el antiguo modo de ver al delito como una cuestión inicialmente individual ha sido complementada con la doctrina del injusto sistémico⁵⁰⁶, lo cual resulta ser bastante útil para el estudio de los delitos donde ya no hay una pluralidad de participantes, sino que hay una estructura donde cada participante adquiere roles diferentes y especializados.

El legislador no ha actuado, ciertamente, con la técnica legislativa más depurada al equiparar normativamente las cuatro modalidades de conducta porque ha olvidado que cada uno de ellos lleva a cabo roles diferentes. El rol habrá de referirse como “modos fijos de participación del individuo en el proceso social”⁵⁰⁷, de tal suerte que esos modos de participación dentro del injusto habrán de generar, necesariamente, una serie de diferencias objetivas entre los roles.

DONCEL FERNÁNDEZ, a su vez, distingue entre rol y estatus considerando que “el rol hace referencia al comportamiento, tiene un sentido dinámico; por su parte, estatus implica el conjunto de derechos y deberes que una persona tiene por ocupar una determinada posición social, conllevando un carácter estático”⁵⁰⁸. Este mismo autor estima que la personalidad -en un sentido psicológico, no funcionalista- juega un papel importante en lo referente al status y el rol, de tal suerte que la personalidad no afecta al status y sí influye en el rol, de manera que al ejercitar en la práctica el rol, cada actor lo hará de una forma distinta matizadamente, conforme a su personalidad⁵⁰⁹.

No compartimos esta opinión por que, bajo un esquema funcional-normativista como el que aquí se defiende, el rol es una entidad avalorada, es una armadura que un militar se colocaba antes de la batalla. Sea como fuere la personalidad del militar, la armadura se quita y se pone sin cambio alguno.

A efectos sociales la personalidad -desde una óptica psicológica- no es relevante. Por lo tanto, no es trascendente el carácter psicológico o las condiciones subjetivas bajo las cuales habrá de desempeñarse el rol, sino que lo verdaderamente importante es que el rol se ejerce y tiene proyección positiva hacia adentro de la organización criminal en cualquiera de sus momentos. Asimismo posee relevancia hacia afuera, impactando a la sociedad. Esta es la razón principal por la que el legislador la ha considerado como reprobable penalmente.

⁵⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de organización como Derecho penal del enemigo”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización: un desafío de Estado*, Grijley, Perú, 2009, pág. 63.

⁵⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de organización”, op. cit., pág. 66.

⁵⁰⁷ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 51.

⁵⁰⁸ DONCEL, FERNÁNDEZ, Luis Vicente, “El desempeño de los roles”, en Isabel HOYO SIERRA (coord.), *Introducción a la psicociología del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pág.109.

⁵⁰⁹ DONCEL, FERNÁNDEZ, Luis Vicente, “El desempeño de los roles”, op. cit., pág. 109.

¿Objetivamente es posible distinguir entre diversos criterios de imputación o, como hace el legislador español, todas las acciones tienen el mismo nivel de injusto desde el punto de vista normativo? Conforme a la redacción del tipo penal, el legislador ha otorgado el mismo título de imputación a las cuatro conductas ya que las equipara a través de la imposición de la pena para los cuatro casos. La cuestión radica en la manera en la que se encuentra conformado objetivamente el injusto, de tal forma que habrá que encontrar y separar las posibles diferencias que existen entre las distintas modalidades de la conducta.

Bajo este mismo orden de ideas, no aportan el mismo grado de inseguridad los primeros dos verbos -promover y constituir-, que los restantes, -organizar y dirigir-. Esto se debe a varias razones, que iremos exponiendo a lo largo de nuestra investigación, pero en un primer momento, si nos enfocamos en el factor temporal, veremos que las primeras dos acciones al formar parte de la etapa embrionaria de la organización terrorista, no representan el mismo nivel de desestabilización normativa. En cambio el hecho de organizar y dirigir son dos tipos de acciones que van de la mano y actúan dentro de un espectro temporal donde ya ha sido creada la organización criminal. Por ende, el hecho de organizar y dirigir son acciones que dotan al sistema de los elementos de mayor desestabilización. La razón estriba en que organizar y dirigir una organización terrorista tiene un impacto mucho más enérgico dentro del sistema de expectativas. Desde la perspectiva del riesgo, los dos primeros títulos de imputación generan un incremento del riesgo intolerable pero distinto, -menor- al que se genera al organizar y dirigir el sistema terrorista.

El hecho de organizar y dirigir permite la institucionalización de la violencia⁵¹⁰, de tal suerte que la delincuencia estructurada eleva el grado de peligrosidad de forma mucho mayor que la delincuencia individual. De ahí la base para el rompimiento del paradigma del autor individual. Particularmente en relación al hecho de organizar la banda terrorista, una vez organizada, es decir, una vez distribuidos los roles y funciones de los miembros, la asociación adquiere una propia identidad; se transforma en un ente nuevo independiente de la cosmovisión de los participantes con objetivos y fines propios, distintos a los de los particulares que la integran⁵¹¹.

El fenómeno se presenta de la misma manera para los directivos, que pertenecen a la esfera de mayor jerarquía al interior de la delincuencia terrorista organizada, de tal manera que si el líder orienta su conducta hacia modalidades lícitas la misma carece de validez, porque aquí ya no importa su paradigma, sino el camino que busca seguir la propia organización⁵¹². Desde nuestra perspectiva, organizadores y directores son meros engranes de la maquinaria criminal y como partes funcionales que son, pueden ser sustituibles a pesar de ejercer los roles de mayor trascendencia.

La mera pluralidad de personas en un acto delictivo no puede ser considerada como de naturaleza asociativa, desde la perspectiva de los delitos de organización que aquí se defiende, sino que será precisamente el factor organizativo-autónomo el que otorgue el carácter distintivo⁵¹³. Es este elemento organizativo el que determina la diferencia en cuanto al planteamiento de un mundo paralelo, distinto al sistema de

⁵¹⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 88.

⁵¹¹ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág.118.

⁵¹² CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág.118.

⁵¹³ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., págs. 119-120.

expectativas. Esto se ha de traducir en un combate entre la delincuencia organizada y el orden establecido, particularmente en el terrorismo atacando a personas ajenas al conflicto como medida de coacción hacia el Estado⁵¹⁴. Lo anterior fundamenta su peligrosidad.

En un análisis meramente lógico, el legislador español siempre ha considerado que la coautoría requiere una sanción más fuerte que cuando se está en presencia de un autor individual. De igual modo, si nos encontramos ante un fenómeno criminal complejo que expresa una peligrosidad mucho mayor que la coautoría y la participación de un tipo delictivo básico, entonces la respuesta del Estado habrá de ser más fuerte. De esta manera, en el caso de promover o constituir, el comportamiento puede llevarse a cabo ya sea mediante una autoría individual o mediante varios participantes a título de autores o partícipes, pero en el caso de los sujetos encargados de las funciones de organizar o dirigir necesariamente los mismos tendrán que actuar ya como parte de la organización por lo que habrán de requerir un tratamiento diferenciado al de la autoría y participación pre-organizativa. Esto se afirma no con el ánimo de digresión académica, sino como demostración de que no puede atribuirse el mismo esquema de imputación a las acciones pre-organizativas que a las organizativas una vez conformado el injusto.

A los hechos de organizar y dirigir no es posible darles el mismo tratamiento normativo que a las dos categorías anteriores, a los denominados delitos impropios de status de asociación ilícita autónomamente incriminada donde se subraya la existencia de la asociación por encima de los miembros que la integran⁵¹⁵.

Referencias sistémicas dentro de la teoría del rol también poseen elementos clarificadores que nos ayudan a fundamentar las diferencias en cuanto los niveles de imputación. La cuestión referente al quebrantamiento del rol es interesante, ya que el sujeto que incumple ha decidido apartarse del camino de la norma y plantear un nuevo esquema social. Precisamente esto es lo que sucede con el fenómeno del terrorismo y la búsqueda de implantar una nueva concepción normativa de la sociedad. La agrupación criminal se aparta del deber mínimo de no causar daños a los demás elementos participantes de la realidad social. También genera un daño por medio de su actuar, buscando vulnerar la vigencia de la norma y destruyendo o amenazando bienes jurídicos. Esto lleva al terreno de la defraudación de la expectativa al apartarse del rol de ciudadano, al rol de ser persona en Derecho.

Una consecuencia de esta actitud ante la realidad es que el delincuente al desestabilizar genera inseguridad, una inseguridad de naturaleza cognitiva. En vista de ello el Derecho no puede quedarse de brazos cruzados, debe actuar o morirá. Se tiene que afirmar que la expectativa sigue vigente⁵¹⁶ LUHMANN señala que “(l)o inseguro, la decepción, se enfoca más bien como algo seguro, y el problema consiste, entonces, en dilucidar si la expectativa debe ser abandonada o transformada, o no”⁵¹⁷.

El efecto defraudatorio que provocan las acciones conformativas iniciales de tipo terrorista no podría llevarse a cabo sin la colaboración de los miembros organizadores o dirigentes. Es cierto que los promotores y sujetos constituyentes

⁵¹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada*, op. cit., págs. 5-6.

⁵¹⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de organización” op. cit., pág. 79.

⁵¹⁶ LUHMANN, Niklas *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 292.

⁵¹⁷ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 293.

también juegan roles de gran importancia, pero su tratamiento debe de ser claramente diferenciado en materia de imputación de responsabilidades.

E

n términos de la dogmática funcionalista más moderna, podemos afirmar que el grado de enemistad que existe en los organizadores y directores es superior al que representan los promotores y sujetos constituyentes. Esto no quiere decir que promotores y constituyentes no participen de la enemistad global que aporta la organización terrorista, lo cual justifica que las cuatro modalidades de la acción sean combatidas con medios especiales -ante delincuencia especial, soluciones especiales- como lo es la doctrina del Derecho penal del enemigo⁵¹⁸.

La enemistad se fundamenta en el grado de vulneración que se lleva a cabo en contra de la existencia de la norma, entendida ésta como modelo bajo el cual los ciudadanos pueden desplegar su conducta dentro de la sociedad. El grado de irreverencia hacia la autoridad e incremento desmesurado del riesgo, por parte de los terroristas, también puede ser diferenciada a través de los mencionados criterios.

En el caso de que el cuestionamiento de la norma trascienda gravemente al sistema de expectativas, entonces la sociedad puede confundirse peligrosamente sobre lo que se encuentra como válidamente autorizado y aquello que no lo está. Se corre el riesgo de una erosión de la seguridad cognitiva de la norma⁵¹⁹. Ello significa que la seguridad de los ciudadanos en cuanto si el modelo de orientación sigue vivo o ya no es necesario seguirlo ha desaparecido. Todo fenómeno terrorista pone en cuestionamiento la vigencia de la norma, pero dentro de las modalidades de la acción, el cuestionamiento es mayor a través de las acciones organizativas y de dirección que sobre las de promoción y constitución.

De esta manera, los miembros organizadores y directores cuestionan la norma con más fuerza al formar parte y “armar” un subsistema organizado, paralelo al Estado y a las instituciones que lo conforman. Dichas acciones son de una especial y mayor peligrosidad por lo que deberán de sancionarse de manera más contundente⁵²⁰. El hecho de que ciertos sujetos tengan una importante labor una vez creada la organización, los habilita como focos de mayor peligro⁵²¹, debido a que la organización *formada* imprime mayor peligrosidad que la organización en etapa *embrionaria*.

El trabajo organizativo no puede concebirse si no se ha iniciado un proceso constitutivo que lleve a la agrupación hacia una verdadera materialización, ya que

⁵¹⁸ Para efectos del momento de nuestra investigación que nos encontramos explorando basta citar lo siguiente “(...) el Derecho penal del enemigo es, tal y como lo concibe JAKOBS un ordenamiento de combate excepcional contra manifestaciones exteriores de peligro, desvaloradas por el legislador y que este considera necesario reprimir de manera más agravada que en el resto de los supuestos (Derecho penal del ciudadano). La razón de ser de este combate más agravado estriba en que dichos sujetos (enemigos) comprometen la vigencia del ordenamiento jurídico y dificultan que los ciudadanos fieles a la norma o que normalmente se guían por ella (personas en Derecho) puedan vincular al ordenamiento jurídico su confianza en el desarrollo de su personalidad, en Miguel POLAINO-ORTS, “Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo”, en *Boletín de la facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Estudios Jurídicos* núm. 98 estudios en homenaje al Profesor Doctor Jorge De Figueiredo Dias, Editorial Coimbra, Coimbra, 2009, pág. 494.

⁵¹⁹ Terminología empleada en Miguel POLAINO-ORTS, “Realidad y ficción”, op, cit., pág. 512.

⁵²⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op, cit., pág. 512.

⁵²¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Perú, 2006, pág. 55.

dentro de ella será donde se lleve a cabo la distribución de la tareas sin que se requiera que dicha distribución sea elaborada al máximo o mediante esquemas físicos de comprobación sistémica⁵²². Ello pone de manifiesto que el nivel de inestabilidad que provoca ni siquiera requiere de comprobación máxima de las estructuras, lo cual debe manejarse cuidadosamente, so pena de vulnerar el principio de legalidad penal.

El hecho de organizar y dirigir una banda terrorista, bajo los esquemas necesarios de los delitos de organización, generan en ésta el semillero que produce el terror hacia la población no obstante dicha cualidad organizativa no sea el único factor que se requiere para la realización de actos terroristas⁵²³.

La cuestión central que se quiere subrayar es que el legislador bajo la nueva redacción del artículo 571 ha establecido el mismo criterio de imputación para las cuatro modalidades de la conducta -promover, constituir, organizar y dirigir- cuando en realidad como se ha visto, no pueden medirse bajo el mismo parámetro ya que el nivel de desestabilización e inseguridad que aportan es diferente. Cuando los sujetos actúan desde dentro de una organización criminal, en este caso terrorista, se causa un daño imputable organizativamente, lo mismo que sucede en el caso de la delincuencia no organizada⁵²⁴, pero el nivel de cuestionamiento de la norma no es comparable. La agrupación prefiere su modelo de concepción de la realidad sobre la del resto de la población, pero el planteamiento es mucho más serio que en el caso de la delincuencia común. Este efecto descrito anteriormente se debe a que el poder que tiene una organización criminal sobrepasa enormemente el poder desestabilizador de otros fenómenos delincuenciales. Las organizaciones terroristas ponen en jaque a las instituciones estatales en su conjunto, ello a través de una temible mezcla donde se confunde lo político y lo delictivo⁵²⁵.

La cuestión central radica en que, a pesar de que ambos pares de conducta generan un grado de desestabilización diferente, el legislador penal -en ejercicio de una errática política criminal- establece el mismo criterio de imputación para las cuatro acciones. De esta manera se inhibe del espinoso camino que estamos explorando y que debido a que la redacción es prácticamente nueva en su integridad, cuesta trabajo poder justificarla en doctrina.

Las esferas de competencia y el ámbito de dominio varían notablemente, de tal suerte que las primeras dos modalidades (promover y constituir) tienen un espectro de dominio mucho más reducido que el segundo grupo (organizar y dirigir). Bajo este orden de ideas habrá de desarrollarse dogmáticamente un sistema de imputación fundamentado en la dialéctica de HEGEL⁵²⁶.

⁵²² CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 131.

⁵²³ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 131.

⁵²⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 46.

⁵²⁵ LLANO ÁNGEL, Hernando, "Las víctimas invisibles y el conflicto en Colombia", en David BONDIA GARCÍA / Manuel RAMIRO MUÑOZ (coords.), *Víctimas invisibles, conflicto armado y resistencia civil en Colombia*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009, pág. 22.

⁵²⁶ "Al entender la acción como expresión de sentido-también la pena, como expresión contrafáctica de sentido-, queda abierto el camino para la normativización de las categorías", en Pablo SÁNCHEZ OSTIZ, *Imputación y teoría del delito*, op. cit., pág. 291.

De esta manera se busca alejarse de psicologismos⁵²⁷. Así podremos encontrar que el delito como vehículo jurídico de comunicación no es el mismo en las diferentes conductas. Bajo la argumentación social de DAHRENDORF al hombre le vienen siendo impuestos los roles a través de la entidad impersonal de la sociedad⁵²⁸, y consideramos que sucede lo mismo al interior de una organización terrorista. Por ello la amplitud de competencia de los organizadores y dirigentes es mayor.

Los miembros de élite abarcan desde sus posiciones de poder espectros comunicativos de gran amplitud al interior del injusto sistémico que se traducen en la imposición y selección de los roles que son necesarios para el desarrollo de la actividad terrorista. Finalmente la organización criminal es un sistema social⁵²⁹. La organización criminal, para una parte de la doctrina, también se encuentra integrada por subsistemas en su interior, que pueden ser horizontales o verticales dependiendo si los miembros son de un mismo o distinto nivel de jerarquía⁵³⁰. En el caso de los miembros de la más alta jerarquía -como organizadores y sobre todo, dirigentes-, el liderazgo del subsistema vertical demuestra la amplitud de su esfera de competencia. Los cargos de mayor rango también tienen relevancia en materia de importancia y fungibilidad de los miembros donde al existir una mayor especialización entonces mayor valor y menor fungibilidad tendrá el integrante en cuestión⁵³¹.

Como se mencionó anteriormente, sujetos que en un principio ostentan una esfera de competencia relativamente menor en cuanto al espectro que abarcan, -como es el caso de los promotores⁵³²-, con posterioridad pueden llegar a formar parte de las posiciones de liderazgo debido a que en las organizaciones terroristas el elemento ideológico posee gran importancia⁵³³. Situación que no se presenta con organizaciones de otra naturaleza⁵³⁴.

Volviendo a los subsistemas horizontal y vertical, en el segundo caso las relaciones entre los miembros al interior habrán de modularse mediante códigos de jerarquía y obediencia, mientras que en subsistema horizontal los vínculos entre los miembros partirán de parámetros con cierto nivel de democratización⁵³⁵. Bajo la teoría del rol, resulta importante para nuestra temática el poder diferenciar entre el concepto de posición social y rol; ambos conceptos aunque van de la mano han de ser distinguidos debido a que la posición social permite identificar el lugar que ocupa un sujeto, en

⁵²⁷ SÁNCHEZ OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito*, op. cit., pág. 297.

⁵²⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 81.

⁵²⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Comares, Granada, 2009, pág. 128.

⁵³⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 129.

⁵³¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 129.

⁵³² Es importante la consideración que hace la doctrina sobre la importancia que pueden llegar a tener los promotores debido a su calidad de ideólogos de la organización y que como se ha reiterado en esta investigación pueden llegar a ocupar posiciones del máximo nivel de liderazgo y dominio. Vid, Mariona LLOBET ANGLÍ, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., págs. 367-368.

⁵³³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 131.

⁵³⁴ Generalmente los cárteles de la droga o las mafias carecen de dicho elemento ideológico para perseguir básicamente objetivos de tipo económico.

⁵³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., págs. 131-132. En el mismo sentido, Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 387.

relación a su campo de acción⁵³⁶. Por ello se habla comúnmente de posiciones que ocupan los miembros de las organizaciones terroristas. Para el caso, objeto de examen, podemos afirmar que las posiciones de naturaleza organizativa y de dirección son emplazamientos con amplio espectro de administración de la realidad societaria criminal.

En la parte exterior de la organización terrorista también se generan consecuencias de carácter funcional que son fundamentales para nuestro análisis. La responsabilidad por la organización⁵³⁷ es impulsada en mayor medida por organizadores y directores, aunque ello no quiera decir que los promotores y constituyentes no tengan injerencia en estos ámbitos. La organización terrorista al final del día es una estructura de dominio⁵³⁸. La demostración de estas características de dominio por parte de los miembros organizadores y directivos también forma parte de los elementos pertenecientes a las esferas de competencia dentro del sistema.

La naturaleza estructural de la organización terrorista ha sido expuesta en la STS 1127/2002 de 17 de junio, donde se afirma: “(...) la organización terrorista requiere como sustrato primario, una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de cierta jerarquía y subordinación. Además, tal organización tendrá por objetivo la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con la finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional, en definitiva actuar con finalidad política, de modo criminal; y como sustrato subjetivo tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico”.

Las características del modelo organizativo de la banda terrorista, que responde a los elementos que se mencionan en el fragmento de la sentencia, ponen de manifiesto que al conformarse el injusto existe una responsabilidad por organización. Las características de jerarquía y subordinación son la parte medular de la organización y constituyen el subsistema de mayor trascendencia hacia el interior de la agrupación.

Las posiciones de liderazgo de la banda terrorista ya fundada, son los mayores responsables de la invasión en contra de esferas de administración ajenas. Dichas posiciones por lo que respecta a la conformación global de la banda poseen una característica adicional. Esta se refiere a una función de clausura fáctica del sistema “organización terrorista” quedando cerrado para aquellos que son ajenos al sistema, es decir, queda cerrado para los sujetos que no forman parte de dicha agrupación⁵³⁹. De esta manera, el hecho de planear la constitución de una banda terrorista no será trascendente para el Derecho penal, hasta que se lleve a cabo una materialización externa de la misma. Lo anterior además de fundamentarse en la exigencia de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos así como el cuestionamiento de la vigencia de la norma, habrá de fundamentarse en la invasión de esferas de administración ajena⁵⁴⁰.

⁵³⁶ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 69.

⁵³⁷ “Se entiende por responsabilidad por organización, aquella responsabilidad emanada de la atribución de un ámbito de organización ajeno y por medio de la que se violenta el principio básico de la convivencia humana: “no dañar a otro”, en Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 290.

⁵³⁸ ROXIN, Claus, “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (ed.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, pág. 198.

⁵³⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 192.

⁵⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 193.

Volviendo a la consideración global de las cuatro modalidades de conducta que el legislador español criminaliza bajo el mismo título de imputación consistentes en promover, constituir, organizar o dirigir, resulta importante subrayar, bajo la temática de las esferas de organización que nos encontramos explorando, que en el fondo existe un conflicto dentro de la noción de libertad de organización y su contrapartida, la denominada responsabilidad por las consecuencias⁵⁴¹. La referencia a HEGEL es inevitable. En palabras de TORÍO LÓPEZ: “(...) en cuanto ser racional, no puede dejar de subsumir su comportamiento en la voluntad general, de modo que así reclama la pena como derecho suyo, cuya posición de honra y reconoce como persona”⁵⁴².

En el caso de aquellos que encuadran su conducta dentro de la descripción del artículo 571, evidentemente no administran su esfera de libertad de manera correcta, generando con su actuar un mayor reproche por su mala administración al hacerlo de manera dolosa. Los actores de la banda eligen libremente apartarse del camino de la norma para emitir una comunicación defectuosa que se traduce en dicha separación⁵⁴³.

B) Autoexclusión potestativa

Como se he mencionado en el apartado anterior, los sujetos que forman parte de la organización terrorista bajo las modalidades de conducta que hemos venido estudiando, realizan un proceso de toma de decisión en el ejercicio de su voluntad libre. Dicho ejercicio se ha de considerar como defectuoso y comunicativamente relevante para el Derecho penal. Se ha establecido, conforme a la literatura de mayor especialización, que la elección errónea dolosa de este ejercicio de libertad, ha de ser sancionable debido al alejamiento del sistema de expectativas. Siempre habrá de traducirse dicho alejamiento en una manifestación externa conforme a los parámetros trazados por el Estado de libertades y de Derecho⁵⁴⁴ apartándose de las consideraciones internas que pueda llegar a tener el sujeto dentro de su sistema psíquico⁵⁴⁵. El alejamiento del sistema de expectativas resulta evidente en cuanto a lo que representan las cuatro modalidades de la conducta, que son, *el planteamiento fundacional de un sistema criminal, y la ordenación y dirección del injusto*.

El hecho de que los sujetos asuman libremente la responsabilidad por las consecuencias de su organización genera una autoexclusión potestativa. De esta manera *ostentan* una calidad de enemistad hacia el Derecho y la sociedad. Los sujetos en la sociedad han de poseer conciencia sobre su posición dentro de la misma⁵⁴⁶. Dentro de la conciencia de esta posición existe la de respetar el pacto normativo y ese hecho es tan palpable y evidente -no se requiere más que una educación mínima para adquirirla- que

⁵⁴¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 232.

⁵⁴² TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El sustrato antropológico de las teorías penales” en Evelio VERDERA Y TUELLS (dir.), Marino BARBERO SANTOS (presentador), *RFDUC, Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, núm. 11, Madrid, 1986, pág. 676.

⁵⁴³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 232-233.

⁵⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 198.

⁵⁴⁵ “La pregunta acerca de lo interno, sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos, que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva y, de modo más general – puesto que la parte subjetiva figuraba hasta aquí *pars pro toto*-, con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado”, en Günther JAKOBS, *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 198.

⁵⁴⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 187.

el alejamiento tan grande que se realiza a través de promover, constituir, organizar o dirigir, es tan confrontador de lo mínimo exigible al ciudadano, que su calidad ya no es la de un simple delincuente.

La autoexclusión, al ser potestativa, se aleja totalmente de la categoría de ciudadano debido a la inseguridad que aporta y a la falta de seguridad que deja de proporcionar⁵⁴⁷. En este punto debemos de ser cuidadosos y entender la terminología funcionalista y de Derecho penal del enemigo bajo su justa medida. La autoexclusión y por ende la característica de enemistad, no habrá de entenderse como una declaración de guerra -como parte de la doctrina se permite hacer su propia conceptualización del tema⁵⁴⁸- bajo parámetros bélicos y alejándose de los esquemas normativos y sociales. Incluso existen opiniones que equiparan el combate al terrorismo a nivel internacional con la guerra fría⁵⁴⁹. El Derecho penal del enemigo y el funcionalismo, parten de parámetros normativos que poseen un significado distinto al lenguaje común y al del Derecho de la guerra.

No es posible equiparar las categorías del Derecho penal del enemigo con las del Derecho Internacional Humanitario. Al autoexcluirse de la sociedad e introducirse en la esfera normativa de enemistad, los sujetos que llevan a cabo las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir adquieren la tipología terrorista. Esta cuestión, que parece lógica y evidente, no lo es para HORNLE, quien estima que el concepto de terrorista no es establecido por la doctrina de JAKOBS con claridad considerando las siguientes interrogantes: “¿es también terrorista quien divulga soflamas ideológicas? ¿También lo es quien comete unos daños de poca entidad para llamar la atención de una causa?”⁵⁵⁰.

Dichos cuestionamientos no pueden ser resueltos bajo la casuística que se plantea, sino bajo parámetros establecidos en la teoría general del delito desde una perspectiva dogmática del sistema funcionalista normativo. Esto se traduce simplemente en que será terrorista el que se autoexcluya dolosamente del sistema de expectativas y genera un déficit de seguridad cognitiva que se exige para el ciudadano. Dicha autoexclusión es de tal magnitud que no puede ser tolerada por el Estado y éste habrá de reaccionarse de manera especialmente contundente. Ello debido a que las acciones emprendidas por los sujetos vulneran las normas de flanqueo sobre las que descansa la sociedad, y en consecuencia habrá que aplicar un Derecho especialmente combativo⁵⁵¹.

⁵⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 186-187.

⁵⁴⁸ (...) “En el otro extremo se encuentran los diferentes grupos que se valen de la estrategia la *estrategia terrorista*, como mecanismo para el logro de sus propósitos, ya sean políticos, económicos o religiosos. La cuestión que cabe plantear a este respecto es si resulta admisible afirmar que este tipo de conductas constituyen delitos, entendiendo la expresión en el sentido y alcance tradicional que se da al Derecho penal o si por el contrario, se trataría de verdaderos actos de guerra y si existe entre unos y otros una diferencia clara”, en GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”, en Manuel CANCIO MELIÁ, / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, Vol. II, op. cit., pág. 17.

⁵⁴⁹ GAREAU, Frederick H., *State Terrorism and The United States. From Counterinsurgency to the War on Terrorism*, Clarity PressAtlanta-Zed Books London, Estados Unidos de Norte América, Estados Unidos de Norte América-Londres, 2004, págs. 190-191.

⁵⁵⁰ HORNLE, Tatjana, “Dimensiones descriptivas y normativas del concepto Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Manuel CANCIO MELIÁ, / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 68.

⁵⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuido, Ciudad de México, 2008, págs. 53-54.

La situación habrá de entenderse de modo tal que en todo momento el sujeto pueda volver y abandonar su estatus de enemidad optando por el camino de la norma y el otorgamiento de la seguridad que le es exigible socialmente⁵⁵². En este sentido la autoexclusión potestativa es una señal del quebrantamiento del deber de civilidad mínimo que se exige a todos los miembros de la sociedad⁵⁵³.

El terrorismo y las acciones que lo constituyen llevan a preguntarnos cuáles son las causas que determinan a realizar tales actuaciones ¿por qué el sujeto elige libremente apartarse del universo normativo donde se ha desarrollado? Esta es la pregunta que la dogmática, la política criminal y la criminología se han planteado siempre. El planteamiento es un cuestionamiento sobre las causas del ataque terrorista pero desde la perspectiva del normativismo. El terrorismo imbuido en contenidos ideológicos hace que el observador deba tomar en cuenta una cantidad de factores que se pueden llegar a multiplicar hasta el infinito.

La respuesta que se puede dar es de naturaleza funcionalista. Los terroristas no están de acuerdo con la concepción de la realidad que ha planteado la sociedad como válida. En ese contexto proponen un camino paralelo a través de la intimidación organizada. La autoexclusión entonces, significa desacuerdo social. Lo anterior no quiere decir que todo aquel que esté en desacuerdo con la sociedad deba de ser considerado como autoexcluido. No obstante, si dicho desacuerdo se manifiesta objetivamente a través de la tipología de promover, constituir, organizar o dirigir una banda terrorista, entonces sí se da un fenómeno intolerable penalmente. Desde un punto de vista político, autoexclusión también ha de representar negación de la democracia como sistema válido. Autoexclusión es la génesis de un nuevo planteamiento del mundo a través de la violencia.

Otra consecuencia inherente al fenómeno de la autoexclusión potestativa que llevan a cabo los sujetos terroristas es su despersonalización⁵⁵⁴. Para ello habrá que entender que el concepto de persona, una vez más, no puede ser visualizado bajo parámetros naturalísticos, sino únicamente bajo la óptica del normativismo funcionalista. En este contexto, persona habrá de ser el sujeto social que desempeña el o los roles que le corresponden y al hacerlo respetará el marco de expectativas normativas en el que se encuentra inmerso. Ello nos lleva a hacer una breve reflexión sobre el concepto de persona y su vinculación con el terrorismo

1. Rol, persona y terrorismo

Dentro del sistema social cada integrante posee un rol para ejercer, mismo que se traduce en el lugar que ocupa dentro de la vida social⁵⁵⁵. Identificar el rol permite saber qué debe hacer cada quien dentro de la sociedad y también qué podemos esperar de los demás.

⁵⁵² POLAINO-ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., pág. 100.

⁵⁵³ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op. cit., pág. 514.

⁵⁵⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 187. También se emplean los vocablos “persona diezmada” o “suprimida”, en Günther JAKOBS, “Diez años después: el Derecho penal del enemigo”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *CPC*, 2ª época, núm. 105, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 13.

⁵⁵⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación objetiva esencia y significado”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BERRUETA, *Imputación objetiva*, op. cit., pág. 20.

La teoría del rol social ocupa un lugar preponderante dentro de la concepción funcional normativista de la moderna dogmática penal. El rol es aquel papel que juegan las personas a lo largo de su vida y dicho concepto se encuentra profundamente ligado al de sociedad ya que, como se verá más adelante, persona en Derecho o persona en Sociedad es aquella que ejerce su rol o sus roles sociales adecuadamente, es decir, que cumple con los Derechos y obligaciones (aspecto material del rol) que le corresponden en un momento temporal y espacial determinado.

El Estado social se caracteriza por que dentro de sí mismo, se definen los roles de cada uno de los sujetos que interactúan⁵⁵⁶. En este sentido es innegable una de las virtudes de la concepción funcional normativista de la Sociedad. Esta permite el desarrollo de la personalidad y el ejercicio de los Derechos humanos ya que el rol y su concepción obligan a un cambio de paradigma orientado a la inclusión de todos los individuos bajo el amparo de las garantías individuales dentro de la vida social. La persona a lo largo de su vida jugará con diferentes roles y puede en una misma etapa poseer distintos papeles sociales. La teoría del rol social tiene un contenido lógico contundente. Es una teoría asequible y ejemplificable que además se nutre de comprobación empírica.

Por otra parte, científicos de múltiples disciplinas han tratado de acuñar un concepto que sirva de enlace entre el sujeto y la sociedad, el concepto correspondiente es el de persona, rol, entre otros⁵⁵⁷.

Como se ha dicho, un sujeto puede poseer diferentes papeles o máscaras al mismo tiempo. Una persona hoy en la mañana es esposo, en la tarde en su trabajo es abogado, en la noche es aficionado al Real Madrid, posteriormente será padre, luego juez, luego abuelo, luego amigo etc. DAHRENDORF opina que los roles resultan ser accidentales en relación con el actor que los ejecuta⁵⁵⁸. No compartimos la afirmación del autor, en el sentido que la persona invariablemente se encuentra jugando un rol y sólo cuando fallece pierde el status de poseedor de roles. En este sentido se demuestra que el rol no es accidental, sino fundamental. Si la persona deja de poseer roles, se despersonaliza completamente y no queda nada, tendríamos sólo un ser humano sin contenido social. El autor después de la afirmación tan categórica no aporta mayor defensa a su argumentación.

En cada momento, las personas en sociedad, no pueden desentenderse de los roles, ya que siempre que existan contactos sociales se esperará un hacer o un no hacer determinado. Si este fenómeno no se presentara, la vida y la comunicación social se encontrarían paralizados. Las personas en todo momento se encuentran sumergidas en un océano normativo, inmenso y autopoiético. Por ello existe una cercanía lógica entre persona y expectativa. Dentro del mundo normativo la mayoría de las expectativas suelen ser asequibles y naturales para el sujeto de tal manera que no es necesario que este reflexione continuamente sobre estas⁵⁵⁹. Una persona con sentido común y que convive en sociedad sabe qué es lo que dentro de universo de contactos sociales se espera de ella.

⁵⁵⁶ REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, op. cit., pág. 163.

⁵⁵⁷ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 54.

⁵⁵⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Homo Sociologicus*, op. cit., pág. 55.

⁵⁵⁹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 292.

En el ejercicio del rol, se establecen prioritariamente dos elementos. Uno de naturaleza formal y otro material. La naturaleza formal de este corresponde a la máscara que ha de ostentar el actor durante la obra en el teatro social. Asimismo el elemento material consiste en los derechos y obligaciones que caracterizan el rol que representará el sujeto.

El rol le otorga a cada persona la posición que juega dentro de la sociedad. De esta manera el contenido material del rol representa la zona de mayor interés para el análisis dogmático. De nada sirve que una persona posea formalmente un rol si el contenido material de este es incumplido por medio de acciones u omisiones defraudando la expectativa normativa depositada en el ejercicio correcto del mismo.

Los conceptos de rol y persona van de la mano dentro del sistema. La ejecución del rol implica una responsabilidad hacia la sociedad⁵⁶⁰. Esta reflexión quiere decir que en el mundo de lo social los roles no se encuentran aislados, sino que se encuentran entrelazados en una espiral de responsabilidad que implica el ejercicio de cada uno de ellos.

Como se ha mencionado antes, el sujeto juega una infinidad de roles; pero hay uno que deberá de permanecer vivo siempre para poder continuar con el status de persona. En palabras de SÁNCHEZ-VERA, se debe a las aportaciones de HEGEL -cuyos primeros antecedentes ya existían desde Roma⁵⁶¹- la concepción dialéctica de persona bajo la túnica del goce de la capacidad jurídica. Lo anterior dentro del esquema de no dañar a los demás, principio sociológico que da vida a los roles.

La persona es una construcción de naturaleza social⁵⁶², una entidad de tipo racional. LUHMANN lo establece enérgicamente: “(a)l utilizar el término personas no nos referimos a sistemas psíquicos mucho menos a seres humanos integrales. Una persona está mejor constituida para poder ordenar expectativas de conducta redimibles por ella y sólo por ella (...) el ser persona implica atraer y fijar con su sistema psíquico y su cuerpo expectativas hacia sí y también expectativas propias y ajenas”⁵⁶³. La categoría de persona en sentido funcionalista al igual que la de enemigo es ajena a cualquier valoración, es una categoría normativo-descriptiva. Persona es aquella que se conduce orientada por la norma, de tal suerte que al cumplir con su rol transita por el sendero del respeto al Derecho. En este sentido la persona, a través de los roles que ejerce, participa en sociedad⁵⁶⁴.

Ha quedado establecido que en la dogmática funcionalista no es posible separar las categorías de rol y persona en virtud de que forman parte de una misma entidad complementaria. Para LUHMANN, los sistemas psíquicos pueden identificarse con la persona y esta a su vez orientarse a través del rol⁵⁶⁵. Un rol sin persona carecería de existencia fáctica y con el paso del tiempo desaparecería o sería substituido por otros roles. Por ejemplo: durante la antigüedad en múltiples culturas que pueden ir desde la

⁵⁶⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág.294.

⁵⁶¹ Recordemos los tres principios del Derecho romano: Dar a cada quien lo suyo, no dañar al otro, hacer el bien y evitar el mal.

⁵⁶² MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo”, en *El pensamiento filosófico*, op. cit., pág. 79.

⁵⁶³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 288.

⁵⁶⁴ REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, op. cit., pág. 163.

⁵⁶⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 289.

romana hasta la azteca, el comercio de esclavos era algo normal y por ende requería de agentes que formaran parte del sistema comercial esclavista. Estos agentes ejercían el rol de mercaderes, intermediarios, colaboradores etc.

En la actualidad dichas prácticas se encuentran prohibidas por leyes penales alrededor del mundo y por convenios internacionales que han determinado que la esclavitud es una categoría normativa de *Ius cogens* en cuanto a su prohibición. En el ejemplo, el rol de comerciante de esclavos ha desaparecido, ya no tiene vigencia en la actualidad, al menos dentro del plano de la legalidad. De la misma manera, una persona sin roles no puede ser concebida, por la razón que todas las personas tiene implícitamente el rol de no dañar a los otros, es decir, *el rol de ciudadano*. En palabras de JAKOBS, si ahora nos referimos al delincuente, lo trascendental es que éste genera una ruptura en el rol, no cumple con lo que socialmente se espera de él⁵⁶⁶.

La cuestión referente al quebrantamiento del rol es interesante ya que el sujeto que incumple ha decidido apartarse del camino de la norma y plantear un nuevo esquema social. Precisamente esto es lo que sucede con el fenómeno del terrorismo a través de promover, constituir, organizar o dirigir una banda terrorista y por ende, la búsqueda de implantar una nueva concepción normativa de la sociedad.

La agrupación terrorista se aparta del deber mínimo de no causar daños a los demás elementos participantes de la realidad social. Antes bien, genera un daño por medio de su actuar, orientándose a la vulneración de la vigencia de la norma y a la destrucción o puesta en peligro de bienes jurídicos. Esto tiene como consecuencia la defraudación de la expectativa, al apartarse del rol de ciudadano, el rol de ser persona en Derecho. Una consecuencia de esta actitud ante la realidad es que el delincuente, al desestabilizar, genera inseguridad, una inseguridad de naturaleza cognitiva. ¿Cómo va a reaccionar el Derecho? Pues lo hará a través de la pena, no existe otra opción. Pero no simplemente a través de ésta, sino por medio de una pena aplicada bajo los parámetros del Derecho penal del enemigo.

2. *Recapitulación*

La cuestión central sobre la que giran la tipología conformadora de la organización terrorista es resultado del alejamiento del rol que corresponde administrar de forma correcta el segmento de libertad que corresponde a una pluralidad de personas. Dicho rol es el de ciudadano, independientemente de situaciones especiales sobre el quebrantamiento de un rol fundamentado en deberes de tipo institucional. La persona tiene siempre posibilidad de autoadministrar su esfera de libertad y si decide actuar invadiendo esferas que no le corresponden y por ende generando un peligro para la sociedad, entonces tendrá que asumir ese déficit de garantía cognitiva que ha dejado de aportar.

El terrorismo como sistema complejo tiene que ser analizado fragmentando sus componentes para reducir la complejidad del fenómeno cuyas piezas constituyen un todo⁵⁶⁷. Y ello sin llegar a la paradoja sin solución a través del método *cartesiano*⁵⁶⁸,

⁵⁶⁶ JAKOBS Günther, *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción de Alex VAN WEEZEL, Civitas, España, 2008, pág. 89.

⁵⁶⁷ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 61.

pues se habrá de analizar a la luz de la moderna teoría de los sistemas. El sistema terrorismo se ha de caracterizar por poseer un elemento organizativo, entendido como la disposición de componentes orientados hacia una unidad compleja⁵⁶⁹. En el caso que nos ocupa sucede que, dentro del sistema terrorismo, existe el componente de organización criminal, que es iniciado por el promotor y el constituyente, para ser organizado y puesto en práctica por los organizadores y dirigentes, respectivamente. Por ello estos dos últimos sujetos son quienes deben soportar un mayor grado de imputación al ser ellos quienes dotan de la máxima complejidad operativa a la organización terrorista.

Dicha complejidad es tan fuerte que, a título de imputación y en razón a las esferas que se abarcan, los organizadores y directores entran en acción ya cuando la organización criminal existe como tal. No se puede organizar lo que no existe, ni se puede dirigir sin estructura. Sin embargo, tampoco es posible separar las cosas de manera radical, debido a que el terrorismo, y en este caso, las cuatro modalidades de la conducta tienen una orientación común. Ello se materializa en el sometimiento de la voluntad de la población a los mandatos de la agrupación a través de medios violentos⁵⁷⁰.

El elemento organizativo es una cuestión esencial para la agrupación terrorista, de tal suerte que toda organización orientada hacia fines antijurídicos es asociación ilícita, sin que sea relevante la forma que tenga⁵⁷¹. Por ello el especial desvalor de los sujetos que desempeñan el rol de organizadores de la misma, debido a que son la cabeza del elemento ontológico del grupo terrorista.

El hecho de promover, constituir, organizar o dirigir una organización o grupo terrorista, genera necesariamente una autoexclusión potestativa y por ende una degradación personal-objetiva del sujeto debido a la inseguridad que genera para el sistema de expectativas. De esta manera la autoexclusión significa desacuerdo y desautorización de la democracia como sistema válido para la convivencia humana.

V.- Aproximación a los conceptos de organización criminal, grupo criminal y asociación ilícita

Las cuatro modalidades de la conducta han sido introducidas en una novedosa redacción por parte del legislador español de la LO 5/2010 de reforma del CP. No obstante, los títulos de imputación no sólo fueron introducidos en el artículo 571, sino que también aparecen en el 510 bis. En otro sentido el legislador se ha empeñado en distinguir las categorías de organización criminal (570 bis.) y grupo criminal (570 ter.) Estas categorías siempre han acompañado la problemática del terrorismo por su estrecha semejanza objetivo-estructural. Para la doctrina han representado ciertas dificultades en cuanto a su delimitación y definición.

⁵⁶⁸ “En efecto, la descomposición cartesiana de un problema en partes, de modo que la resolución agregada de esos micro-problemas suponga la resolución del problema global, es una ilusión que cuestiona el paradigma sistémico, porque la división en partes no es finita, sino que cuando creemos haber llegado a lo micro somos devueltos a lo macro ad infinitum (...)”, en Pedro CARRASCO JIMÉNEZ, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 62.

⁵⁶⁹ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 63.

⁵⁷⁰ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 115.

⁵⁷¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el CP*, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 236.

Debido a la vinculación evidente que tienen dichos modelos organizativos con el terrorismo, nos encontramos obligados a realizar un estudio aproximativo, sobre las diferenciaciones entre las figuras y su relación con el fenómeno que nos encontramos explorando.

A) Organización criminal

Las organizaciones criminales como sistema (cuestión que será tratada a profundidad en su capítulo respectivo dentro de la presente investigación) representan actualmente uno de los mayores desafíos a los Estados modernos a lo largo y ancho del globo. Las organizaciones de esta naturaleza han adquirido durante los últimos veinte años un poder impresionante a tal grado que representan verdaderas amenazas para la gobernabilidad de muchos países. Han puesto en jaque la efectividad de las instituciones democráticas colocando en entredicho el mantenimiento de la existencia del Estado en algunos casos de especial gravedad. Las condiciones de existencia de los Estados giran en torno a que sus integrantes sepan que la propia entidad política ha de permanecer firme ante el embate de elementos hostiles⁵⁷². Por ello el Estado, constituido a través de la carta fundamental, no puede tolerar la creación de complejos sistémicos cuyos elementos objetivos y subjetivos condicionen al Estado.

Las organizaciones criminales como injusto, van de la mano de los movimientos terroristas por lo que el legislador lo ha criminalizado de manera novedosa conforme a la gran reforma del CP de 2010:

El artículo 570 bis, punto 1, párrafo segundo, establece que *a los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.*

Con los elementos transcritos anteriormente, el legislador ha considerado que la formación de dichas entidades no puede ser tolerada por el Estado español. La gran reforma del CP, al tratar lo que la doctrina denomina “*delitos de organización*” ha tenido la importante virtud de establecer un criterio cuantitativo en la norma que nos permite saber el número preciso de miembros que se requieren para conformar la organización criminal siendo estos más de dos⁵⁷³. La codificación penal anterior carecía de dicha determinación numérica, lo que implicaba una importante problemática para la doctrina y sobre todo para efectos de respeto al principio de legalidad, dejando el trabajo de determinación a la jurisprudencia y la discusión doctrinal. La dificultad, que algunos doctrinarios califican como extrema -afirmación que nos parece exagerada- suele radicar en que su concepto puede ser tan laxo que puede llegar a comprender ámbitos donde imperan los criterios de participación individual para ser absorbidos por los tipos de criminalidad organizada⁵⁷⁴. Para otro sector de la doctrina, los tipos de

⁵⁷²JAKOBS, Günther, “Prologo”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización*, op. cit., pág. 15.

⁵⁷³ CHOCLÁN MONTALVO hace la observación mencionando que el Derecho sustantivo español carece de una definición precisa de delincuencia organizada, sin definir estructuración de la misma. En José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, op. cit., pág. 9.

⁵⁷⁴ DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 35.

delincuencia organizada y de terrorismo no se pueden delimitar desde esta perspectiva jurídica⁵⁷⁵. Se critica que los trabajos concentrados en la demarcación conceptual del fenómeno han tenido un desarrollo pendular entre categorizaciones que son demasiado abiertas o muy estrechas⁵⁷⁶.

El hecho de que el concepto sea de una importante complejidad en materia de política criminal, criminología y demás, no quiere decir que el fenómeno, como ente antijurídico, no pueda ser precisado en cuanto a sus extremos en la norma. Sin duda, el legislador español tardó bastante en establecer dichos elementos cuantitativos con claridad. Con la nueva reforma se facilita la definición de la conducta y se respeta el principio de legalidad. Resulta interesante la manera en la que el artículo 570 bis no exige, en la definición de organización criminal, ningún elemento subjetivo complejo limitándose a considerar como elemento teleológico, la comisión de delitos y de faltas. En este sentido la finalidad de la organización criminal será *cualquiera*, siempre y cuando no sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. La comisión de delitos o la perpetración reiterada de faltas constituyen el elemento teleológico de la organización criminal que la diferencia frente al delito de conformación de organización terrorista.

Las faltas no tienen respecto de los delitos una diferencia ontológica, sino meramente cuantitativa, pudiendo ser denominadas como delitos menores o de bagatela⁵⁷⁷. Sin embargo, conforme a la legislación española, una organización o grupo criminal puede dedicarse a ello y será punible a través de medidas especialmente asegurativas. De esta manera se genera una importante contradicción político criminal, al sancionar un sistema criminal que puede dedicarse a la comisión de conductas poco lesivas socialmente. Los delitos de organización deben de mantenerse en una tesitura de máxima lesividad a bienes jurídicos y a la vigencia de la norma. Como expresa la exposición de motivos de la LO 5/2010 se sanciona la reiteración de faltas debido a la inseguridad ciudadana que ello representa, al ser infracciones que pueden cometerse a través de sistemas organizados. A pesar de ello, las faltas contra el orden público distan notablemente de la tipología de los delitos de organización. Un ejemplo que señala la doctrina son los “maletillas” que interrumpen un espectáculo taurino⁵⁷⁸. Sin embargo, es complejo imaginar una organización estructurada con la finalidad de interrumpir espectáculos culturales o deportivos que merezca ser sancionada con el mismo marco jurídico que una organización terrorista o narcotraficante.

⁵⁷⁵ HERRERO HERRERO, Cesar, *Estudios de Derecho penal, procesal-penal y criminología*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, págs. 149- 177.

⁵⁷⁶ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, pág. 1447.

⁵⁷⁷ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el CP español*, Aranzadi Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 15.

⁵⁷⁸ AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas en el CP y el juicio de faltas*, 6ª. edic. actualizada y aumentada, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005. En el Derecho de faltas contra el orden público “(s)ujeto activo de esta falta puede serlo cualquier persona, sujeto pasivo no lo hay individualmente considerado; este será la colectividad y particularmente el conjunto de personas que se encontraban reunidas ya que se ha lesionado su derecho a agruparse, a reunirse con libertad, en orden y paz”, en Miguel ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: Derecho sustantivo y procesal. Comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 258.

En otro sentido, la redacción del tipo exige la comisión de delitos o faltas sin dejar en claro qué sucede si la organización criminal se conforma pero sólo comete un acto delictivo. El legislador debió haber aclarado esta situación porque conforme a la letra de la ley se requiere una pluralidad (más de uno) de delitos. No obstante, en el caso de las faltas sí se establece un criterio de mayor claridad al introducirse la categoría de la reiteración de faltas.

En materia de Derecho penal del enemigo no es aceptable la reiteración de faltas como fundamento del estatus de enemistad debido a la baja entidad desestabilizadora que representan, ni de la dogmática penal en general la conversión de faltas reiteradas en delito.

Con esta redacción el legislador español se “lavó las manos” para quitarse de enfrente una multiplicidad de problemas que se hubieran venido encima en caso de abundar sobre elementos de finalidad que fuesen requeridos para la configuración del tipo.

La precisión que el tipo ganó al momento de concretar el número de miembros que constituyen el injusto, lo perdió al dejar completamente abierto el elemento subjetivo del injusto⁵⁷⁹. Esto se debe a que la organización criminal, sin importar si es parte de un tipo que constituye terrorismo u otras modalidades, siempre debe de ir orientada hacia una sistematización especializada sobre objetivos concretos de finalidad atribuibles al injusto. Estos pueden ser móviles de tipo ideológico, económico, religioso etc., pero no es viable dejar la ventana tan abierta en un tipo tan delicado como el del 570 bis. La cuestión central es que la organización criminal suele ir orientada mayoritariamente hacia dos objetivos, los económicos y los sociopolíticos⁵⁸⁰.

Existe una directa correlación entre el tipo de organización criminal y el de terrorismo. En el caso que nos ocupa hay un elemento que enlaza cabalmente, bajo criterios de lógica, los elementos estructurales de la organización criminal con el terrorismo. Tan lo es así que el propio tipo del 571 determina que la comisión del mismo se habrá de llevar a cabo a través de una organización criminal.

En cuanto a los criterios de imputación, el legislador al establecer los límites de la organización criminal a través del número de personas y un elemento temporal que se traduce en los criterios de estabilidad o indefinición temporal ha complicado el tema. Antes de la reforma, el elemento de la estabilidad era considerado como fundamental solo por una parte de la doctrina. El debate se ha centrado hasta ahora en la llamada “permanencia-pertenencia” dentro de lo que anteriormente el tipo de terrorismo consideraba como “banda armada” en el artículo 571. No obstante, el elemento anterior de permanencia-pertenencia y el nuevo de estabilidad o indefinición en el tiempo son equivalentes. Para clarificar el sentido de nuestra afirmación hemos de acudir al significado de las palabras:

⁵⁷⁹ Sobre la problemática de los tipos penales abiertos Vid. Ángel TORÍO LÓPEZ, “Tipicidad.- Referencia a la teoría de los tipos abiertos”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *CDJ, Vinculación del juez a la Ley penal*, Consejo General del Poder Judicial, núm. XVII, Madrid, 1995, págs. 9-33.

⁵⁸⁰ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., pág. 613.

Permanencia: “Duración firme, constancia, perseverancia, estabilidad inmutabilidad”⁵⁸¹.

Pertenencia: “Hecho o circunstancia de de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución, etc.”⁵⁸².

Estabilidad nos remite a estable, que quiere decir: “1. Que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer. 2. “Que permanece en un lugar durante mucho tiempo”⁵⁸³.

Siguiendo la línea de pensamiento de MORAL DE LA ROSA respecto a la pertenencia a la banda armada tal estatus implica permanencia en la agrupación en que no deben de ser superficiales las actuaciones de los miembros hacia la banda, en tanto sean acciones que estarán orientadas a beneficiar a la misma en cuanto al alcance de los fines para los que se ha constituido⁵⁸⁴ Desde la perspectiva del autor, es necesaria una referencia a la temporalidad en cuanto condición de pertenencia, circunstancia que compartimos a pesar de la dificultad de su acotamiento. La pertenencia a una banda u organización criminal no puede ser esporádica, debido a que los roles que se ejercen dentro de la misma requieren ser dominados con la práctica y el tiempo. La pertenencia significa, desde nuestra perspectiva, arraigo en el grupo y adquisición de responsabilidades. Exploremos la manera en la que se han pronunciado algunas de las máximas resoluciones jurisdiccionales del país.

En la STS 503/2008 de 17 de julio, se ha estimado que respecto a la temporalidad dentro de la organización que “(c)omo sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo”.

En el mismo sentido se estableció el Proyecto de Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, de marzo de 1999, del que se rescata el carácter estructurado u organizado del grupo o asociación y la permanencia del mismo⁵⁸⁵.

Para VIVES ANTÓN, la organización tiene que estar dotada de permanencia⁵⁸⁶ RODRÍGUEZ DEVESA considera que la banda y la organización poseen las siguientes

⁵⁸¹ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág.1734.

⁵⁸² *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 1740.

⁵⁸³ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 987.

⁵⁸⁴ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 194.

⁵⁸⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de “participación en organización criminal”, en Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ / María del Rosario DIEGO DÍAZ-SANTOS (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, pág. 59.

⁵⁸⁶ VIVES ANTÓN, “Delitos contra la seguridad interior del Estado. Delitos cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas y rebeldes”, en Juan COBO DEL ROSAL y otros / Tomás VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 80 y ss. En el mismo sentido se ha pronunciado Carmen LAMARCA PÉREZ al estimar que: “A mi juicio, el uso del término «banda armada» por la Ley orgánica se produce exclusivamente por respeto al texto de la norma constitucional que desarrolla y dentro del mismo no pueden incluirse los supuestos de mera asociación transitoria y ocasional” (cursivas añadidas) Vid. Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento*, op. cit., pág. 229.

características: “a) por lo menos la unión de tres personas b) de ellos uno será el jefe (promotor o directivo que pueden coincidir) que es quien dirige a los asociados y decide la forma de la actividad criminal c) cierto periodo de duración, compenetración entre sus componentes (...)”⁵⁸⁷. El problema que implica hablar de temporalidades es que resulta imposible establecer un tiempo determinado de gestación de la banda. Lo que la mayoría de la doctrina confirma es que la organización no puede ser espontánea, requiere un asentamiento organizacional. La organización criminal no tiene fecha de caducidad, no se conforma con un límite temporal preestablecido. Es posible afirmar que la permanencia implica un estado temporal prolongado en el que se actualiza el resultado típico⁵⁸⁸.

De las características enunciadas por RODRÍGUEZ DEVESA, se puede hacer alguna consideración crítica especialmente por lo que respecta al jefe de la banda. En la actualidad las organizaciones evolucionan rápidamente y resulta arriesgado colocar una cabeza determinada en la organización, si esto fuera así, su combate sería mucho más efectivo. El problema es que precisamente, la delincuencia organizada se encuentra tan bien organizada que no hay un número de jefes determinado, sino que existen una serie de cadenas de mando que teóricamente debería de culminar en posiciones de categoría de líder. No obstante, en el camino hay cantidad de sub jefes que ejercen múltiples funciones y se substituyen continuamente.

La organización de las agrupaciones resulta ser el núcleo generador de la inseguridad debido a que la unión criminal es mucho más lesiva para el sistema de expectativas. En consecuencia importa un mayor poder de desestabilización e inseguridad. Ante dicha realidad criminal y debido al peligro que representan – no sólo las organizaciones terroristas-cualquier organización o banda criminal deberá de ser combatida con modelos normativos especializados.

Para el modelo de organización criminal son fundamentales los elementos de permanencia, jerarquía y organización⁵⁸⁹. De la misma manera el Estado ha de actuar por medio de su propia jerarquía y organización emitiendo una respuesta que permita contrarrestar el efecto lesivo que se ha producido.

Hemos hecho referencia a la jerarquía por que dicho elemento va de la mano con las concepciones de permanencia o estabilidad. Sin una maduración sistémica no puede haber estructura y sin estructura no hay jerarquía. De esta manera, y sin ánimo de exhaustividad en el tratamiento del tema, la jerarquía es consecuencia de la estabilidad de la organización.

En el artículo 570 bis, punto 1, párrafo segundo, el legislador menciona la *estabilidad* (“con carácter estable”) o la *indefinición en el tiempo* (“por tiempo indefinido”) ¿Existía realmente la necesidad de incluir el segundo elemento? En materia de organizaciones criminales, no existe un tiempo definido en cuanto a la duración de las mismas y la estabilidad ya presupone la presencia de un espectro temporal prolongado. En este sentido el segundo elemento sale sobrando. Además de ello, el hecho de incluir un parámetro tan vago como “indefinición en el tiempo” no deja

⁵⁸⁷ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, / SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español parte especial*, 18ª. edic., Dykinson, Madrid, 1995, pág. 831.

⁵⁸⁸ GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Objeto jurídico y accidentes”, op. cit., pág. 183.

⁵⁸⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 231-232.

satisfechas las exigencias del principio de legalidad además de denotar una técnica legislativa poco depurada. El hecho de hablar de indefinición temporal conduce a inestabilidad y a una nebulosa dogmática inaceptable.

La indefinición temporal puede reducirse resultando completamente opuesto al concepto de estabilidad requerido para la configuración de la organización. La indefinición puede aparentar que el tipo es configurable desde un mínimo hasta un máximo en el tiempo. Esta situación genera importantes dificultades en cuanto a la delimitación global de lo que en realidad ha de considerarse como organización criminal. No puede establecerse un parámetro temporal que determine la existencia o la desaparición de la organización. En la vida real, las organizaciones criminales nunca se disuelven de manera voluntaria, sino que es la acción de Estado la que al mermarla las lleva a generar rupturas en su interior⁵⁹⁰. En el contexto que se plantea, basta con un mínimo temporal de permanencia para que en una entidad organizada se satisfaga el requisito de la temporalidad.

En cuanto al modo de actuar de manera “concertada y coordinada”, estas modalidades son signos de la tipología de la organización delictiva. Presuponen los elementos de estabilidad y jerarquía porque que sin estos no existe manera en la que las acciones puedan ser desplegadas hacia las finalidades establecidas por la organización. Para que exista el concierto y la coordinación habrá de requerirse un esquema o plan de acción además que dichas categorías incluyen elementos como el reparto de las actuaciones delictivas proyectadas. La organización criminal requiere de modos de planificación previa⁵⁹¹ que a su vez requieren de estabilidad⁵⁹² para su reflexión y creación. Es interesante como en algunas legislaciones penales como la de Colombia, este tipo de delitos de organización son definidos como “concierto para delinquir”⁵⁹³. De hecho, el término concierto quiere decir “1. Buen orden y disposición de las cosas. 2. Ajuste o convenio entre dos o más personas o entidades sobre algo”⁵⁹⁴. De esta forma, la concertación es una característica esencial en cuanto al carácter operativo de las organizaciones criminales. Sin este elemento no existiría la manera en la que la estructura pudiera funcionar y por lo tanto no tendría sentido su conformación.

Esa es una de las razones por las que sujetos como el infiltrado⁵⁹⁵ son un foco de potencial victimización, debido a que habrán de sumergirse en las entrañas operativas de la organización.

La naturaleza inherente de concierto y coordinación en las organizaciones criminales brinda un nivel superior de imputación en cuanto a la desestabilización e inseguridad que aportan. Dichos elementos les permiten asociarse con otras organizaciones, dotando a la moderna delincuencia organizada un carácter

⁵⁹⁰ VON HENTIG, Hans, *Estudios de psicología criminal Vol. V. El gangster*, op. cit., pág. 65.

⁵⁹¹ CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, *La organización criminal*, op. cit., pág. 8.

⁵⁹² “En efecto, la estructura dota de autonomía a la organización (criminal); o, dicho de otro modo, la existencia de una organización criminal requiere de estructura estable, más allá de la mera contribución personal de sus miembros”, en Laura ZÚNIGA RODRÍGUEZ, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, op. cit., pág. 130.

⁵⁹³ Vid. artículo 340 del CP colombiano.

⁵⁹⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág.613.

⁵⁹⁵ Sobre la autorización de la actuación del infiltrado Vid. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, op. cit., pág.62.

transnacional⁵⁹⁶. El amplio espectro de actuación que hoy poseen las organizaciones criminales, han llevado a la doctrina replantearse el paradigma de esta clase de delitos ya que la antigua concepción de mafia ha sido superada⁵⁹⁷.

La definición legal de organización criminal se va desmenuzando en diferentes segmentos que se encuentran unidos concatenadamente. Dichos elementos como la estructura, jerarquía y demás permiten que se actúe eficazmente a nivel de sistema. Relacionado con la temática que exploramos, consideramos que dentro de los indicadores de la delincuencia organizada, el factor que es neurálgico para poder actuar de manera concertada y coordinada es el reparto de tareas⁵⁹⁸. El reparto de roles y funciones es primordial. Las autoridades judiciales españolas también se han pronunciado sobre la característica de concierto que han de determinar a las organizaciones que estudiamos.

La STS 493/2010, de 25 de abril, considera que “(e)n el artículo 2 de la Decisión Marco sobre Terrorismo, de 13 de junio de 2002, bajo la rúbrica “Delitos relativos a un grupo terrorista, se establece lo siguiente: “1. A efectos de la presente Decisión Marco, se entenderá por “grupo terrorista” toda organización estructurada de más de dos personas, establecidas durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo (...)”

La sentencia demuestra que para el Estado español la regulación actual de la organización criminal, realmente, no es objeto de nueva configuración, ya que la Decisión Marco incorporaba prácticamente todos los elementos que tiene la actual definición contenida en el artículo 570 bis. Esto no quiere decir que no sea plausible que en la actualidad la codificación penal haya incorporado estos y los demás elementos al texto de la ley sustantiva en los respectivos tipos de delito en estricta observancia del Principio de legalidad penal.

En cuanto a la coordinación, podemos decir prácticamente lo mismo. La coordinación al ser consecuencia de la estructuración de la propia organización es una de las notas fundamentales de este tipo de delincuencia. Conforme al diccionario, la palabra coordinar quiere decir: “Disponer cosas metódicamente. 2.- Concertar medios, esfuerzos etc., para una acción común”⁵⁹⁹. La coordinación también resulta ser elemento fundamental para poder llevar a cabo operaciones de mayor complejidad, no sólo en cuanto a la ejecución de ataques, sino en cuanto extensiones que superan las fronteras del territorio donde se originó la organización.

⁵⁹⁶ “El tráfico de la droga ha dejado de ser monopolio de los cárteles colombianos. Junto a ellos, los cárteles mexicanos que orientan su actividad fundamentalmente al territorio norteamericano, circulan con sustancia, sea cocaína sudamericana provista por los carteles colombianos, o heroína proporcionada por las triadas chinas, las que también abastecen los inmigrantes asiáticos”, en José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en Carlos GRANADOS PÉREZ, (dir.), *CDJ, La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, núm. II, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 233.

⁵⁹⁷ DELGADO GARCÍA, Ma. Dolores, “El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pág. 69.

⁵⁹⁸ DE MIGUEL BARTOLOMÉ, Ángel, “Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada” en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, op. cit., pág. 135.

⁵⁹⁹ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 649.

La eficacia y por ende la vida de la organización criminal habrá de depender en gran medida de la forma en la que se puede llevar a cabo el concierto y la cooperación. Al ser dichos elementos el punto más sensible de la entidad, deberán de requerir de una protección especial la cual sólo puede llevarse a cabo a través del silencio y el secreto. Bajo este orden de ideas, un elemento fundamental de la organización habrá de ser el secretismo en cuanto a sus miembros y la realización de sus operaciones.

De hecho ya en el XVI Congreso Internacional de Derecho Penal de 1999 al tratar la temática de “Los sistemas de justicia penal ante el desafío del crimen organizado” se consideró dentro de los elementos de la entidad antijurídica organizada *el secreto* como una de sus notas esenciales⁶⁰⁰. El silencio representa el mayor obstáculo para la persecución de las organizaciones por parte del Estado⁶⁰¹. De hecho, el investigador del Colegio de México Eduardo BUSCAGLIA, especialista en temas de delincuencia organizada ha mencionado un dicho que es clásico dentro de la narcocriminalidad que reza: “Narco visto huele a muerto”⁶⁰². Esta expresión puede extenderse sin mayores dificultades a cualquier ramificación que se encuentre dentro del universo de las organizaciones criminales. Para CIGALI, el secreto es un fenómeno que, dentro de la delincuencia organizada, va orientado más bien hacia la corrupción y el clientelismo⁶⁰³, y para ZÚÑIGA RODRÍGUEZ es la nota distintiva en relación con el terrorismo, ya que este fenómeno se caracteriza por la búsqueda de publicidad mientras que la delincuencia organizada busca el secretismo⁶⁰⁴.

Sobre esta cuestión creemos necesario hacer una precisión: las organizaciones criminales, sea cual sea su naturaleza, habrán de requerir del secretismo por la razón de que el Estado de Derecho les ha considerado como portadoras de inseguridad intolerable para el sistema social y ante ello utilizará mecanismos especializados para su combate ya sea desde el plano policial hasta el político-criminal. Por otra parte, es verdad que el terrorismo busca publicidad, pero no en cuanto a sus esquemas de organización, operación, concertación y coordinación, sino en cuanto al mensaje comunicativo que emite a través de su ataque o conformación, nada más.

El terrorismo requiere publicidad de su ataque y silencio en su estructura como subsistema paralelo al Estado de Derecho. Un ejemplo que puede ser comprobado acudiendo en cualquier buscador de internet es el siguiente: en los comunicados de las organizaciones terroristas que se encuentran en múltiples sitios de internet, jamás se ha visto que los sujetos que aparecen ante las cámaras se quiten las máscaras (recordemos la simbología de las mismas que se ha tratado en capítulos anteriores) o capuchas para transmitir a cara descubierta, ello nunca sucederá a menos que la organización tome una actitud de autoconvulsión sistémica. La gran mayoría de los terroristas siempre habrán de optar por el secretismo y el anonimato en todas sus operaciones, a salvo quizás en los ataques terroristas.

⁶⁰⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Redes internacionales y criminalidad” op. cit., pág. 59.

⁶⁰¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, op. cit., págs. 142-143.

⁶⁰² Dicha frase fue repetida en varios noticieros de México ante la aparición de Joaquín Guzmán Loera, alias “El chapo Guzmán”, jefe del cartel de Sinaloa en la revista norteamericana FORBES como uno de los hombres más ricos del planeta. Vid. www.Forbes.com/lists/ donde el capo mexicano aparece el sitio número 701 con una fortuna de mil millones de dólares.

⁶⁰³ CIGALI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, pág. 62.

⁶⁰⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 142 cita núm. 295.

Las operaciones concertadas y coordinadas de las organizaciones criminales varían de acuerdo al modelo de organización de que se trate. Por ejemplo, en México la estrategia de la delincuencia organizada más grave que es el narcotráfico busca como objetivo final de sus acciones el control territorial y la identificación de sus tres principales objetivos, organizaciones criminales rivales, el aparato de seguridad mexicano y la sociedad civil⁶⁰⁵. De esta manera, las operaciones concertadas y coordinadas sirven para lograr los fines de las organizaciones y son el instrumento directo de transmisión del lenguaje comunicativo desautorizador de la norma.

El silencio también comunica. El secretismo no sólo se ha referido a las operaciones de la organización, conforme a la doctrina, ya que también ciertas calidades de “sujetos portadores de secretos” suelen ser muy apreciadas dentro de las filas de la delincuencia de organizaciones o de determinados modelos organizativos que rayan en la ilegalidad como entidad sistémica. Así quedó de manifiesto en el año de 1987 durante el Congreso internacional sobre sectas celebrado en Barcelona. Algunas de las actividades de mayor valor para estos grupos son las actividades desempeñadas por policías, militares, funcionarios de correos, miembros de partidos políticos, actores municipales y funcionarios de ministerios⁶⁰⁶. Empero la cuestión de las sectas y sus implicaciones como delincuencia organizada deberá de dejarse para otro momento, además de que hasta el año 2010 no ha habido ninguna persona sentenciada por una cuestión de lo que anteriormente se denominaba asociación ilícita sectaria⁶⁰⁷, nos hemos limitado a efectuar las referencias precisas para limitar la noción del elemento secreto en la temática global que hemos abordado.

B) Grupo criminal

El legislador además de haber definido en la ley penal, el complejo concepto de organización criminal, también ha establecido la categoría de grupo criminal, entidad que contiene los siguientes elementos:

Artículo 570 ter, punto 1, párrafo segundo, dispone: *A efectos de este Código se entiende por grupo criminal, la unión de dos o más personas que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.*

El legislador español, justifica la reforma a través del argumento del “déficit en el aporte de seguridad cognitiva” de la siguiente manera en el punto XXVIII de la exposición de motivos de la LO 5/2010:

“Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el CP vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la

⁶⁰⁵ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “Estrategia del crimen organizado mexicano”, en Miguel REQUENA (ed.), *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, tomo II, Instituto Universitario General GUTIÉRREZ MELLADO, Madrid, 2010, pág. 62.

⁶⁰⁶ SALARRULLANA, Pilar, *Las sectas. Un testimonio vivo sobre los mesías del terror en España*, 4ª. edic., Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1990, pág. 61.

⁶⁰⁷ CUGAT MAURI, Miriam, “Sectas y sectarios ante el Derecho penal”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 22, Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 183.

comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes. La estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas”.

Como se desprende de la redacción anterior, el legislador ha empleado un modo de razonar inverso en relación al concepto de organización criminal. Para este tipo de delito no hay una descripción meticulosa, sino que la figura es muy similar al modelo de organización criminal. La gran diferencia radica en que el grupo criminal no requiere los elementos de estabilidad e indefinición temporal ni tampoco los de la forma de actuar de manera concertada y coordinada a través de la repartición de tareas o funciones. No obstante, no es viable estimar que el grupo criminal frente a la organización criminal sea una agrupación con un *déficit de formalidad estructural* únicamente.

La exploración en un principio parece no tener mayores problemas en cuanto a los elementos que lo componen, especialmente debido a que podríamos limitarnos a decir que las consideraciones hechas en torno a las organizaciones criminales también aplican para el caso de grupos criminales. No obstante, si se explora la figura con algo de detenimiento, podremos percatarnos de algunas circunstancias realmente alarmantes.

El grupo criminal es una categoría calificada por la doctrina como “coyuntural y difusa”⁶⁰⁸ frente a la organización criminal.

Debemos tener presente que estas figuras delictivas suelen tener dificultades importantes en cuanto a su delimitación, además de encontrarse contaminadas con una serie de factores emotivos que son ajenos al debate dogmático. La organización criminal siempre ha sido compleja por esas razones y en la reforma de 2010 el legislador buscó ensanchar la definición lo más posible pero lográndolo sólo parcialmente debido a las consideraciones que ya hemos expresado anteriormente. La situación se repite pero se agrava ahora con la figura del grupo criminal, debido a que la vaguedad en ella es mucho mayor, por cuanto no se exigen elementos objetivos como la temporalidad o las funciones de concierto y coordinación. ¿Qué es entonces un grupo criminal? El legislador al introducir esta conducta afín a la organización criminal ha establecido un criterio de imputación sobre un castillo de naipes en términos dogmáticos. Además, debido a la novedosa redacción, en la doctrina no existen amplios estudios sobre el tema.

⁶⁰⁸ OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos contra el orden público (VI)”, op. cit., pág. 1213.

En vista de ello, hemos de recurrir una vez más al significado de los términos para poder intentar una aproximación al concepto que ahora nos encontramos tratando.

Grupo: “Pluralidad de seres o cosas que forman un conjunto, material o mentalmente considerado”⁶⁰⁹.

Como se puede apreciar, la definición del diccionario no ilustra realmente nada, así como tampoco nos lo dice la norma penal que ha empleado el término. Grupo se refiere a pluralidad y nada más. Lo extraño es que se conciba a un grupo que tenga *una finalidad* como la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas sin que ni siquiera se exija un mínimo de estructura para su realización. El grupo criminal, sin embargo, habrá de compartir con la organización criminal el elemento plurisubjetivo, es decir, se conformará por tres o más sujetos.

El objeto del grupo criminal consistirá en la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas. En este sentido, no queda claro si bastará uno o más de uno/a para que se satisfaga el extremo exigido por el tipo. El legislador al introducir el término “delitos” ha generado una nebulosa que es poco saludable para el tipo. Sin embargo, sí se establece un parámetro que otorga mayor claridad al tratar el tema de la faltas al exigir que su comisión sea reiterada.

En México el CP para el Distrito Federal, denomina a esta novedosa figura española como “Pandilla” y el legislador lo hace la siguiente manera:

Artículo 252.- Cuando se cometa algún delito por pandilla, se impondrá una mitad de las penas que correspondan por el o los delitos cometidos, a los que intervengan en su comisión.

Se entiende por pandilla, cuando un delito se comete en común por tres o más personas, que se reúnen ocasional o habitualmente, sin estar organizados con fines delictuosos.

El texto mexicano también ha representado un quebradero de cabeza sobre todo para los funcionarios judiciales encargados de valorar los elementos que contiene la descripción. No obstante, el texto establece algunas directrices como lo “ocasional” o lo “habitual” como elementos objetivos del tipo. Además excluye categóricamente el régimen de la organización para poder diferenciar la pandilla de la asociación delictuosa y la delincuencia organizada. Es interesante la definición que brinda el diccionario, la cual ayuda en este caso a entender de manera más efectiva lo que significa pandilla: 1. “Liga o unión. 2. “Liga que forman algunos para engañar a otros o hacerles daño . 3.- Bando, bandería. 4. Grupo de amigos que suelen reunirse para divertirse en común”⁶¹⁰.

Al igual que en la legislación española, encontramos el elemento diferenciador de la no organización como estructura sistémica en el caso de la figura mexicana. Ambas habrán de rechazar la existencia de elementos como la jerarquía y la división de roles y funciones a través de una estructura vertical o piramidal de mandos.

⁶⁰⁹ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 1161.

⁶¹⁰ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág.1664.

Independientemente de la problemática que se presenta en materia probatoria, se antoja muy complicado poder cometer un delito bajo estas condiciones sin por lo menos un acuerdo previo en ambas legislaciones. Las complicaciones no son sólo aparentes. La razón se debe a que si el legislador ha exigido para la configuración de la conducta la perpetración-comisión de delitos o faltas de manera concertada (y reiterada en el caso exclusivo de las faltas), necesariamente se requerirá un esquema en torno a lo cual gire dicho concierto de voluntades. Sin llegar a los extremos del mencionado concierto para delinquir, sí será forzosamente necesario un mínimo de acuerdo previo para la existencia de la figura del grupo criminal.

En un inicio tanto la descripción del legislador español como la del mexicano van orientadas conforme a una noción grupal juvenil del fenómeno delincencial, bajo los planteamientos criminológicos de BLOCH y NIEDERHOFFER⁶¹¹. Pero la utilización del término pandilla ya no responde a lo que la realidad ha transformado a dichas entidades en épocas contemporáneas⁶¹². La cuestión es que seguramente en un principio el legislador buscó adecuar un término que tuviera semejanzas con el fenómeno delincencial-juvenil de la época. Esto se pone de manifiesto porque el legislador incorpora los elementos de “reunión ocasional o habitual”, no para cometer delitos, sino que se visualiza la reunión como una forma de convivencia social entre los miembros.

Ahora bien, incluso para actuar criminalmente en pandilla habrá de requerirse un mínimo de acuerdo previo. En este sentido, se manifiesta la jurisprudencia emitida por los Tribunales Colegiados de Circuito, en la 9ª época, de octubre de 1998, que al rubro se cita como “Pandilla, agravante de. No opera en los delitos en los que no se ejerce violencia sobre la víctima (...). La intención del legislador al crear la figura delictiva de pandilla prevista en el invocado numeral 164 bis, fue la de agravar las penas de todos aquellos delitos que, *previo acuerdo tácito o expreso tomado al efecto por los sujetos activos*, fueran cometidos en común por tres o más personas que reunidas de manera habitual, ocasional o transitoria, no estuvieren organizadas con fines ilícitos (...)”

Del extracto jurisprudencial, podemos mencionar que existen dos elementos que son de especial utilidad para nuestra investigación en relación directa con la problemática que plantea el grupo criminal en España. El primero de ellos es la compleja cuestión del acuerdo previo y la segunda es que tal acuerdo puede ser tácito o expreso. En este sentido, se añade un grado más a la complejidad de la temática ahora al tener que distinguir entre ambas clases de acuerdo. Todo ello una vez más dejando a un lado las cuestiones de prueba que tanto habrán de ocupar a los jueces en su compleja labor. Otra cuestión importante es que la pandilla no es, a diferencia del supuesto de

⁶¹¹ CLOWARD, Richard A / OHLIN, Lloyd E., *Delinquency and opportunity. A theory of delinquent gangs*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1961, pág. 56.

⁶¹² “Ya no se trata únicamente de robos y asaltos, ahora las maras son cada vez más grupos, mejor organizados, incluso militarizados y vinculados, algunas de estas, a la economía criminal, a las mafias: Tráfico de drogas, tráfico de personas, prostitución forzada, tráfico de armas, crimen...La vinculación con las antiguas mafias, traficantes de armas y organizaciones es cada vez más estrecha. De hecho las pandillas son cada vez más, el sector de población mejor preparado para nutrir de recursos humanos a las mafias”, en Eduard VINYAMATA, *Pandillas y maras. Aproximación a su comprensión y propuesta de estrategia de solución del conflicto que éstas generan desde la perspectiva de la Conflictología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 15.

delincuencia organizada, un delito autónomo sino una agravante en caso de la comisión de delitos⁶¹³.

Volviendo a la legislación penal española y al compararla con la mexicana, nos podemos percatar que en España la categoría de grupo criminal se encuentra demasiado abierta a la interpretación y es realmente complicado el hecho de poder establecer medianamente sus extremos.

El sistema penal mexicano, además de la organización criminal y la pandilla, distingue una categoría intermedia denominada “asociación delictuosa”. Para poder delimitarla, las resoluciones jurisdiccionales han establecido un criterio diferenciador sencillo y satisfactorio en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 7ª época, 1978 que se enuncia así: “Pandilla. Delito cometido en asociación delictuosa no configurada. Si no se advierte que el inculpado se hubiera organizado con los demás coacusados con el fin exclusivo de cometer infracciones penales, o bien, que hubiera constituido una banda más o menos permanente con fines delictuosos, sino que lo que hubo realmente fue un acuerdo momentáneo entre el aludido acusado y los demás coacusados para ejecutar un ilícito determinado, técnicamente es correcto considerar cometida la infracción pandilla en, pues esta Primera Sala ha considerado que la asociación delictuosa requiere de una organización con cierta permanencia y con fines delictuosos de acuerdo a un régimen previamente determinado”.

La tesis a pesar de ser breve establece con claridad la diferenciación entre las categorías de pandilla y asociación delictuosa señalando que esta última requiere de “cierta permanencia”. Este criterio a su vez tampoco clarifica y genera confusión al rayar cercanamente con la figura de la delincuencia organizada.

Finalmente y para resolver esta cuestión las supremas instancias jurisdiccionales del Estado mexicano han establecido en la tesis aislada de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 9ª época, enero de 2005, que al rubro se cita como “Delincuencia organizada” lo siguiente: El delito previsto en el artículo 2º de la Ley Federal relativa, es autónomo con respecto al de asociación delictuosa contenido en el artículo 164 del Código penal Federal. De conformidad con el primero de los numerales citados, los elementos integradores del delito de delincuencia organizada son los siguientes: a) Un acuerdo de tres o más personas para organizarse o la existencia de esa organización; b) Que el acuerdo para organizarse o la organización sea en forma permanente o reiterada; c) Que el acuerdo o la organización tengan como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que señala el artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Por su parte, el artículo 164 del CP Federal establece que el delito de asociación delictuosa es el acuerdo de constitución de una asociación u organización de tres o más personas, cuyo elemento subjetivo específico lo constituye el propósito de delinquir, esto es, cometer ilícitos. De lo anterior puede establecerse el rasgo distintivo entre ambas figuras delictivas, ya que mientras el delito de delincuencia organizada tiene como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos expresamente

⁶¹³ Sobre esta diferenciación sirve de apoyo la tesis que al rubro dice **PANDILLERISMO, HETERONOMIA DE LA CALIFICATIVA DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE JALISCO)**. “Dentro de la Legislación Penal del Estado de Jalisco, el pandillerismo no constituye un delito autónomo, sino que está considerado como una calificativa para aumentar la pena cuando se cometa un delito por tres o más personas, conforme determina el artículo 149 bis del CP

establecidos en el artículo 2o. de la ley citada, el delito de asociación delictuosa, en forma general, sólo se refiere al propósito de delinquir, sin hacer referencia a la clase de delitos que pueden cometerse. En estas condiciones, ambos tipos penales pueden contener elementos constitutivos análogos, sin embargo, el rasgo distintivo anotado permite advertir que el delito de delincuencia organizada es un tipo penal autónomo en relación con el diverso de asociación delictuosa; máxime que la autonomía del delito de delincuencia organizada se corrobora con lo dispuesto en el citado artículo 2o., en el sentido de que: "... serán sancionadas por ese solo hecho ...", excluyendo dicha porción normativa la aplicación del diverso tipo penal de asociación delictuosa.

En resumen, a través de estas herramientas jurisdiccionales que son las tesis y la jurisprudencia, podemos distinguir las tres categorías con mayor facilidad. Volviendo a la problemática que plantean las características del grupo criminal en la legislación española vigente, podemos apreciar que en relación con las figuras mexicanas, no se parece ni a la organización criminal ni a la asociación delictuosa, por los elementos de formalidad que requieren tales categorías. Por ello sin duda, la semejanza es con la figura de la pandilla. El poco o nulo nivel de organización es el signo distintivo del grupo criminal además del carácter esporádico de sus actuaciones⁶¹⁴, por lo que ante ello *no debe de ser tratado como un elemento que forme parte de las excepcionales normas de Derecho penal del enemigo.*

C) Asociación ilícita

Anteriormente hemos hecho algunas referencias jurisprudenciales acerca de lo que en México se denomina como "asociación delictuosa". En España existe también una figura que no se encuentra como tal definida en la legislación. En la exposición de motivos el legislador ha establecido los argumentos que desde su punto de vista justifican la reforma y elabora una peculiar diferenciación entre organizaciones criminales, grupos criminales y asociaciones ilícitas. En el punto XXVII se establece lo siguiente:

"El devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales. En primer lugar –y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del CP, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas– la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del Derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un Derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal. Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente "asociaciones" que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el

⁶¹⁴ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª. edic., Dikynson, Madrid, 1998, pág. 869.

artículo 515 del CP había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita”.

La doctrina no ha estudiado realmente a fondo lo que el legislador ha querido establecer con asociación ilícita, sino que anteriormente se utilizaba como un género delictivo dentro del cual se encontraba circunscrito el delito de terrorismo, considerando como especies de asociaciones ilícitas a “las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”, que con la reforma del año 2010 son extraídas de este ámbito legislativo e integradas en la específica incriminación de los delitos de terrorismo.

Con la reforma del año 2010, precisamente la fracción segunda del artículo 515 que anteriormente consideraba como especies de asociaciones ilícitas a “Las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas” fue alterada. En la nueva redacción del artículo en comento a diferencia de lo que ocurre con las categorías de organización criminal y grupo criminal, no hay una definición sobre asociación ilícita.

Las resoluciones jurisdiccionales han establecido los siguientes criterios de determinación acerca de los elementos que caracterizan la asociación ilícita. La STS 234/2001, de 3 de mayo, considera que “(1)ª asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación en el caso del art. 515.1º inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar. No cabe pues confundir el delito de asociación ilícita para delinquir, con el delito o delitos cometidos al desenvolver el fin social; ni puede tampoco considerarse la pluralidad de sujetos integrada en la asociación como un caso de codeincuencia o coparticipación en los delitos de posterior comisión, ni siquiera cuando ésta lo es a título de conspiración para el delito, pues si en ella, como en la conspiración, existe un acuerdo previo para delinquir, la diferencia está en el carácter de inestabilidad de su existencia y en la concreción del delito a realizar, que la conspiración presenta, frente a la asociación ilícita para delinquir en la que existe estabilidad y permanencia del acuerdo o unión asociativa y una cierta concreción sobre las infracciones criminales a ejecutar”.

El concepto de asociación ilícita es equivalente al de asociación delictuosa del Derecho penal mexicano al cual nos hemos aproximado en páginas anteriores. Esto se debe a que tienen en común los siguientes elementos:

- a) La pluralidad de sujetos que deben de ser tres o más para su conformación
- b) Cierta nivel de complejidad estructural
- c) Cierta grado de permanencia

d) La finalidad de cometer delitos. Sólo que para la legislación española se establece un breve catálogo de delitos y en la codificación mexicana no. Ello debido a que se deja abierta la puerta en los delitos de organización de tal manera que si la conducta que se lleva a cabo a través del sistema criminal no encuadra dentro del catálogo que corresponde a delincuencia organizada, entonces entrará dentro de los extremos de la asociación delictuosa.

Esta figura fue tratada por CUELLO CALÓN, quien entendía que aquellas asociaciones que tiene como fin cometer algún delito se encuentran tan abiertas en cuanto a su redacción y nulos elementos descriptivos, que dentro de ella cabe cualquier modelo de asociación criminal⁶¹⁵. La cuestión es tan vaga que la tesis doctrinal aludida considera que no son necesarios los elementos de estatutos, jerarquía, ni cierta duración, bastando con que sea una mera asociación de hecho⁶¹⁶.

Para otro sector de la doctrina más contemporáneo, existe un importante paralelismo entre la figura de la asociación ilícita y la modalidad de los actos preparatorios además de considerar que conforme a la terminología del Tribunal Supremo, debe de existir un acuerdo lejos de lo meramente esporádico⁶¹⁷. La cuestión una vez más llega a un nivel de importante opacidad cuando se le atribuyen a la asociación ilícita características como la forma organizada, coordinada y reiterada como elementos inherentes a la propia naturaleza de la asociación⁶¹⁸. Para otro sector de la literatura especializada, asociación equivale a organización⁶¹⁹ y como tal dicha organización habrá de perseguir una finalidad social que es independiente de la de cada uno de los miembros que la integran⁶²⁰. Resulta muy interesante que la doctrina considere que para su consumación basta la mera constitución orientada hacia la producción de los delitos fin⁶²¹. Esta es una de las cuestiones de mayor relevancia que demuestran que hay un justificado adelantamiento de la punibilidad. Asimismo es uno de los vectores esenciales del Derecho penal del enemigo, temática -la del adelantamiento- que será tratada en un capítulo exclusivo.

Lo anterior se fundamenta en que el delito de asociación ilícita al tipificarse no persigue otra finalidad que la de luchar contra la delincuencia organizada, considerada ésta como la lacra social de mayor envergadura que amenaza el Estado⁶²². El elemento de infraestructura de la asociación es determinante así como la concertación para

⁶¹⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, tomo II, Vol. I de la parte especial, 14ª. edic., Bosch, Barcelona 1975, pág. 75.

⁶¹⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 76.

⁶¹⁷ CÓRDOBA RODA Juan / GARCÍA ARÁN Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, tomo II, op. cit., págs. 2442-2444.

⁶¹⁸ CÓRDOBA RODA Juan / GARCÍA ARÁN Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, tomo II, op. cit., pág. 2446.

⁶¹⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, "Delitos contra la constitución", en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 1285.

⁶²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, "Delitos contra la constitución", op. cit., pág. 1286.

⁶²¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 869. En el mismo sentido Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP comentado. Con concordancias y jurisprudencias*, tomo II, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1485 y la doctrina mayoritaria.

⁶²² CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1485.

llevarla a cabo el cumplimiento de sus fines⁶²³. La cuestión es que si se analizan con detenimiento, los elementos que componen a la asociación ilícita, el observador podrá percatarse que realmente no hay una clara diferencia entre tales categorías frente a otros delitos de organización.

A diferencia de lo apuntado en su día por CUELLO CALÓN, la doctrina moderna sí considera que el elemento de jerarquía es un signo distintivo de la asociación ilícita junto con la consistencia estructural de la misma⁶²⁴. Otra cuestión que también es reiterada en la literatura es que -como se mencionó anteriormente- la sanción de la asociación no requiere que se lleven a cabo los delitos para los que se ha constituido⁶²⁵. Nos encontramos ante un elemento que demuestra la enorme semejanza entre las figuras de asociación ilícita y organización criminal. Desde nuestra perspectiva, realmente no existe una diferencia salvo que la asociación ilícita es de acuerdo a un criterio clasificatorio, un género de criminalidad y la especie es la organización criminal, como única diferencia clara con la que se puede trabajar con cierta solidez.

Una cuestión que aparentemente podría también llegar a servir como directriz en nuestro trabajo pudiera ser la diferenciación entre las escaladas de violencia que presenta cada entidad. Es verdad que la delincuencia violenta puede ser o no ser organizada⁶²⁶. La presente es una de las temáticas más espinosas de toda la ciencia penal; ello porque para poder desvelar el asunto existen un sinnúmero de teorías que por obvias razones no podemos siquiera mencionar superficialmente. Lo que sí hemos de mencionar es la consideración compleja de que la propia naturaleza humana como factor constante de este tipo de delincuencia en su origen⁶²⁷, consideración a la que nosotros nos adherimos.

Pero en realidad tampoco explorando tan compleja temática existe la garantía de poder llegar a buen puerto. Lo que sí es viable explorar es la razón por la cual el legislador distingue dos criterios de imputación bajo dos figuras de enorme semejanza estructural y criminológica. ¿Por qué llevar a cabo dicha distinción? Bajo una perspectiva normativa, el legislador en la exposición de motivos de la reforma al CP distingue lo siguiente: “Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el CP vigente hace a las organizaciones criminales [por ejemplo, en materia de tráfico de drogas drogas], requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la

⁶²³ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1486. En el mismo sentido y haciendo hincapié en la permanencia, José María LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 15ª. edic., Dykinson, Madrid, 2008, pág. 361.

⁶²⁴ GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio / LUZÓN CUESTA, José María / MOYNA MÉNGUEZ, José / ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo / TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *CP. Comentarios y Jurisprudencia*, 10ª. edic., Colex, Madrid, 2005, pág. 1165.

⁶²⁵ GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio / LUZÓN CUESTA, José María / MOYNA MÉNGUEZ, José / ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo / TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *CP*, op. cit., pág.

⁶²⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., pág. 622.

⁶²⁷ CID, José / LARRAURI, Elena (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 49.

definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”.

El fragmento transcrito de la exposición de motivos pone de manifiesto la equivalencia entre asociación ilícita y organización criminal pero a su vez distinguiendo del grupo criminal bajo un argumento de mayor desestabilización y peligrosidad. La equivalencia y semejanza de las categorías se pone de muestra en otro artículo, pero esta vez estableciendo el mismo criterio de imputación. El artículo 177 bis en materia de la trata de seres humanos considera en el punto 6 que “(s)e impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, *cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación* de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades”. En este caso el legislador mantiene al mismo nivel tanto la organización como la asociación. La situación deja abierta un interrogante sobre las razones por las cuales en este artículo el nivel de imputación se mantiene en el mismo plano. Más adelante la situación es más evidente dentro del mismo 177 bis: “Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado”. Esta situación de equiparación entre organización y asociación, se repite a lo largo del Código en múltiples tipos penales.

Volviendo la cara hacia el tema del terrorismo, el legislador español lo ha catalogado como una forma de delincuencia organizada conforme a lo siguiente: Se modifica el apartado 4 del artículo 282 bis de Ley de Enjuiciamiento Criminal, que queda redactado como sigue:

A los efectos señalados en el apartado 1º de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguientes: n) Delitos de terrorismo previstos en los artículos 572 a 578 del CP.

Así pues, para la legislación penal adjetiva, el artículo 571, que trata sobre terrorismo a través de una organización criminal, no se considera delincuencia organizada. Esta situación es una absoluta contradicción en cuanto a la política criminal adoptada por el legislador. Además de introducir una categoría más que no es claramente distinguible de otras semejantes, de tal suerte que tenemos las figuras de organización criminal, asociación ilícita y grupo criminal dentro de la legislación sustantiva pero se ha incorporado la categoría de delincuencia organizada en el cuerpo adjetivo.

En este sentido, con las reformas de 2010 existen cuatro categorías sobre delitos de organización. La cuestión es problemática porque organización criminal, asociación ilícita y delincuencia organizada son prácticamente lo mismo. Sólo que delincuencia organizada representa un criterio diferenciador ya que el legislador ha establecido un catálogo de conductas que sólo se pueden cometer por medio de una estructura de delincuencia organizada. Lo sorprendente es que no haya considerado el artículo 571

que es terrorismo a través de una organización criminal como delincuencia organizada cuando en realidad delincuencia organizada y organización criminal poseen los mismos elementos ontológicos.

El legislador en la LEC no habla de jerarquía, pero al establecer el criterio objetivo de asociación permanente o reiterada, se sobreentiende que se requiere de jerarquía. Si ello no es así resulta imposible comprender la existencia de la figura. El moderno artículo 572 es el antiguo 571 que trataba del terrorismo a través de *organizaciones o grupos terroristas*, es decir, que en este caso la organización o grupo sí se considera delincuencia organizada, pero en el caso del actual 571 que regula a “(q)uienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista” no sucede lo mismo, ello a pesar de que en ambos casos se utilizan los mismos términos y bajo un mismo contexto.

La cuestión es que el concepto de delincuencia organizada es un mero indicador clasificatorio y se ha incurrido en una grave omisión al no incluir el artículo 571 dentro del catálogo de delincuencia organizada. No es que no se haya considerado al terrorismo como una forma de delincuencia organizada, no, porque el legislador sí lo hace a partir del artículo 572, sólo que ha dejado fuera el 571 que es fundamental. No existe un solo motivo para no considerarle como una conducta que se lleva a cabo a través de las estructura de la delincuencia organizada.

Para otra parte de la doctrina, la asociación ilícita era considerada como la única herramienta para poder combatir a la criminalidad organizada⁶²⁸.

A modo de síntesis la técnica empleada por el legislador en materia de grupo criminal no ha sido la mejor. Los elementos que lo conforman no acaban por convencer en términos de lo que realmente se trató de regular. El grupo criminal no puede ser comprendido bajo un razonamiento que estime que “todo lo que no es organización criminal por déficit estructural será grupo criminal”. Ambas figuras comparten elementos pero también cada una tiene sus propias notas diferenciadoras. Será labor de la jurisprudencia y la doctrina ir dando mayor claridad a las mencionadas categorías. El mismo razonamiento puede extenderse a la asociación ilícita y la delincuencia organizada.

D) Macro organizaciones / grupos criminales

Como parte del importante paquete de reformas llevadas a cabo en el año 2010, se adicionó el artículo 570 bis que ya hemos explorado en el segmento que define lo que ha de entenderse por organización criminal. En esta ocasión el legislador ha establecido un nuevo sistema de agravantes para el caso de las organizaciones criminales bajo el siguiente sistema de imputación. Primero hemos de transcribir, con la finalidad de facilitar el análisis del lector, la definición legal de organización criminal y a continuación los extremos de lo que hemos denominado macro-organización criminal.

Artículo 570 bis, punto 1, párrafo segundo: “A los efectos de este Código, se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido que de manera concertada y coordinada se

⁶²⁸ RODRÍGUEZ DEVESA, José María / SERRANO GÓMEZ Alfonso, *Derecho penal español parte especial*, op. cit., pág. 752.

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

Artículo 570 bis, punto 2, del CP: “Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado grupo de personas;
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos;
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado”.

Estas mismas características son extensibles al macro grupo criminal regulado en el artículo 570 ter, punto 2, del CP. Nos encontramos ante un nuevo espectro de categorías con importantes implicaciones por el incremento de penas ya de por sí elevadas para la organización criminal. Ello se construye bajo un parámetro de incremento de riesgo, donde si de por sí la organización criminal ya era considerada como una entidad que eleva el riesgo de manera intolerable y ahora con las características establecidas por la norma la desautorización es mucho mayor. La cuestión es que dicha reforma es completamente novedosa para la normativa española por lo que la bibliografía es prácticamente inexistente.

Comencemos con el análisis de aquellas circunstancias que agravan la sanción del delito de organización criminal.

1. Formación por un elevado grupo de personas

El legislador español ha establecido un criterio cuantitativo que justifica el aumento de la peligrosidad que fundamenta un grado mayor de inseguridad y desestabilización social. Al hablar de un elevado grupo de personas habrá que distinguir la figura que exploramos de las llamadas muchedumbres delictivas.

Éstas se fundamentan en la comisión del injusto a través del inconsciente colectivo que se genera al aglutinarse un elevado número de sujetos. A pesar de que todos en general tenemos una idea de lo que significa una muchedumbre, para efectos de la ciencia penal no es válido poseer conocimientos profanos aún más y cuando en el texto legal aparecen determinaciones que se asemejan fuertemente a tal categoría. Muchedumbre puede ser sinónimo de multitud, masa o turba⁶²⁹.

Sin embargo, SIGHELE opina que la muchedumbre posee cierto componente organizativo una vez que está en marcha el comportamiento delictivo⁶³⁰.

⁶²⁹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres (estudio criminológico y jurídico penal de la muchedumbre criminal)*, impreso por U.A.H., Madrid, 1993, pág. 61. En otro sentido se pronuncia AVILÉS para quien la turba es definida como “el movimiento de las clases urbanas pobres encaminado al logro de cambios políticos o económicos mediante la acción directa, por el motín o la rebelión, pero sin estar inspirado en ninguna ideología específica”, en Manuel AVILÉS, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 65.

⁶³⁰ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 63. Más adelante él mismo manifiesta sobre SIGHELE que “adelantándose en este punto a los argumentos de algunos psicólogos del presente siglo que clasifican el comportamiento de las muchedumbres como un

LE BON establece una categorización interesante al clasificar a las “masas” en heterogéneas y homogéneas; las primeras se caracterizan por el contacto físico y la falta de organización, pero las segundas si poseen organización a pesar de que no cuentan con contacto físico⁶³¹. Esto es de especial interés para nuestra investigación. Las características de heterogeneidad y homogeneidad se refieren a los móviles que fundamentan el actuar de las masas y no a las características de los miembros que las integran⁶³². La reunión masificada de personas no quiere decir que nos encontremos ante una muchedumbre⁶³³, si esto es así, entonces deberá de haber cierto contenido de organización, porque esta temática sólo puede llevarse a cabo bajo el Código dialéctico de pluralidad de individuos, organizados/ desorganizados. Para LE BON entran dentro de la clasificación de masas homogéneas, las sectas políticas o religiosas, la casta militar, la casta sacerdotal y las clases sociales, pero para el mismo autor las masas no pueden ser catalogadas como criminales psicológicamente⁶³⁴.

Nosotros nos acogemos a la siguiente definición de muchedumbre, por resultarnos de mayor utilidad a los efectos de nuestra investigación: “muchedumbre es una pluralidad de personas en contacto físico que, carente de organización, se encuentra aglutinada en torno a una idea o causa, lo cual condiciona un comportamiento relativamente unitario”⁶³⁵. Pero ¿realmente la muchedumbre nunca se organiza? La cuestión es dudosa: ¿cuántas veces no hemos sido testigos en carne viva o por los medios de comunicación de actos delictivos en los que la masa es instigada y liderada por sujetos que ocupan posiciones jerárquicas elevadas? Por nuestra parte, nos adherimos a la doctrina que considera que existe un elemento de unión, un llamado “nexo de solidaridad colectiva”⁶³⁶. Las masas pueden tener sujetos que ostenten la calidad de jefaturas u organizadores de las mismas. Sirve de referencia el análisis de UGARTE acerca de los hechos ocurridos en Valencia en el año de 1890 en el que se refiere la participación de jefes de la muchedumbre que culminaron en funestos resultados⁶³⁷. Bajo el mismo orden de ideas, PUGLIESE estima como elementos del llamado delito colectivo la existencia de una muchedumbre y le influencia de un demagogo que manipula a dicho conglomerado a través de su discurso⁶³⁸.

SIGHELE distingue dos categorías dentro del universo del delito colectivo. “el delito por tendencia congénita a la colectividad en el que están comprendidos el bandidaje, la camorra y la mafia; y hay delito por pasión de la colectividad, representado cabalmente por los delitos cometidos por una muchedumbre, el primero es

comportamiento relegado, es decir, sometido a unas pautas internas, tácitas que le confieren un carácter cuasiorganizado”

⁶³¹ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 70.

⁶³² TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 66.

⁶³³ LE BON, Gustave, *Psychologie des foules*, 9ª. edic., Presses Universitaires de France, Paris, 1963, pág. 10.

⁶³⁴ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 68.

⁶³⁵ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 71.

⁶³⁶ UGARTE, Javier, *El delito colectivo*, Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1915, pág. 67.

⁶³⁷ “Lo que estaba preparado era la silba; pero las masas, ante esa fuerza misteriosa de la que yo he hablado, por la sugestión que ejercen sus jefes y el desenvolvimiento de los sucesos en imponente y progresiva evolución criminal, fueron mucho más allá del límite trazado a la protesta, a la amenaza, a la violencia inicial”, en Javier UGARTE, *El delito colectivo*, op. cit., págs. 71-72.

⁶³⁸ SIGHELE, Escipión, *La muchedumbre delincuente. Ensayo sobre psicología colectiva*, traducción de Pedro DORADO, La España Moderna, Madrid, 1890, pág. 32.

siempre premeditado; el segundo nunca (...) el uno revela en sus autores una temibilidad constante y gravísima, el otro, una temibilidad momentánea, ocasional y no grave”⁶³⁹. Conforme a esta categorización existe un aumento de la inseguridad cognitiva así como del riesgo en el primer grupo. En otros aspectos es claro que sí existen papeles de liderazgo en ambas especies de delitos colectivos. La existencia de las mismas posiciones de liderazgo así como las relaciones de poder, no son elementos exclusivos de las estructuras formales⁶⁴⁰.

Independientemente de la posición que se tome sobre la temática de los delitos colectivos o las muchedumbres, para nosotros dichas modalidades delictivas podrán tener o no los discutidos elementos de liderazgo, pero lo que sí es evidente es que para la existencia de estas debe de haber un mínimo de elemento organizativo tan siquiera para el hecho de dirigir el punto de encuentro y la hora de reunión de la turba así como el motivo de dicho aglutinamiento. Ello ya implica comunicación y la comunicación requiere de organización forzosamente. Dicho nivel de organización dentro de la muchedumbre ha sido calificado como inexplicable y subitáneo⁶⁴¹. De cualquier manera se encuentra presente un mínimo de nivel organizativo que para efectos de nuestro trabajo es lo realmente interesante.

Las concentraciones masivas de personas siempre han preocupado a las entidades que detentan el poder durante un periodo histórico determinado. A los gobernantes no les agrada el aglutinamiento de los miembros de la sociedad porque esta es peligrosa potencialmente. Hay una mayor disposición de la muchedumbre hacia el mal que hacia el bien⁶⁴². En otras palabras se puede afirmar que el problema que han vislumbrado los legisladores al sancionar la muchedumbre delictiva es una cuestión que se origina en el número de personas que se concentran, es decir, mediante un esquema meramente objetivista.

La temática cuantitativa nos lleva de vuelta a nuestro artículo 570 bis, punto dos, del CP, que eleva la pena a las organizaciones criminales debido a una mayor participación de sujetos. El problema es que no existe ninguna limitante que pueda orientar sobre los límites cuantitativos entre una organización criminal y otras figuras afines de delitos colectivos. “Pero, ¿cuántas personas son necesarias para que podamos decir que estamos en presencia de una muchedumbre? Como bien afirmaba MANCI, esta es una pregunta que no tiene respuesta”⁶⁴³. No consideramos válido el razonamiento de MANCI ya que si una pregunta no tiene respuesta, dentro del debate científico serio, entonces carece de sentido su planteamiento. La complejidad puede ser enorme, pero siempre podremos aproximarnos a una solución lógica y congruente. El mismo problema lo tenemos en la agravante de organización criminal que trata de una mayor inseguridad cognitiva al formarse por un elevado grupo de personas. La cuestión central

⁶³⁹ SIGHELE, Escipión, *La muchedumbre delincuente*, op. cit., pág. 32.

⁶⁴⁰ GUIOT, Jean M., *Organizaciones sociales y comportamientos*, Editorial Herder, Barcelona, 1985, págs. 92-93.

⁶⁴¹ SIGHELE, Escipión, *La muchedumbre delincuente*, op. cit., pág. 35. Subitáneo quiere decir “que sucede súbitamente”, en *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 2099. En otro sentido, TÉLLEZ considera que la muchedumbre ha de caracterizarse por la ausencia de reparto de roles y funciones lo cual fundamenta el discurso de la falta de organización como elemento esencial de la delincuencia de muchedumbres, en Abel TÉLLEZ AGUILERA, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 95.

⁶⁴² SIGHELE, Escipión, *La muchedumbre delincuente*, op. cit., pág. 63.

⁶⁴³ TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres*, op. cit., pág. 82.

es que, como lo señala la norma, para la conformación de la organización criminal, basta numéricamente que sean más de dos personas por lo tanto ¿cuántos sujetos son requeridos para que se considere un *elevado* grupo de personas? Si le preguntásemos a MANCI, seguramente nos respondería que esa es otra pregunta que no tiene respuesta.

El tema es que el legislador español ha creado un tipo penal cuyos elementos se encuentran absolutamente abiertos a la interpretación jurisprudencial y no será hasta que está se pronuncie, que se comenzará a desarrollar una doctrina que clarifique a lo que se refiere dicho “elevado” número de personas. Mientras puede ser considerado como elevado desde cuatro personas, hasta el infinito. Ello plantea dificultades en cuanto a la integración como mera formalidad periférica o como participación activa (pertenencia) dentro de la organización criminal.

La cuestión que fundamenta el elemento de “elevado número de personas” suscita otro interrogante: ¿Éstas deben ser miembros de la organización? Dentro de la macro organización tampoco se salva de imprecisiones teóricas desde la perspectiva de la lesión a la vigencia de la norma y por ende de la desestabilización de las expectativas. Por ejemplo: ¿qué importa una mayor inseguridad cognitiva, un elevado número de sujetos sin armas, o un reducido número de miembros equipados con “lo último” en materia de armamento? Sin duda la macro organización conllevará un mayor peligro para la sociedad mientras más miembros formen parte de ella, pero el problema que aquí estamos tratando es el de establecer un claro criterio de imputación en la agravante establecida por el legislador.

El legislador debió de haber establecido un número determinado tanto para “grupo criminal” y otro más elevado para “organización criminal” para que a su vez la macro organización también contara con una determinación numérica más o menos determinada (ej: la agravante aplicará cuando la organización criminal se componga por más de X número). Lo importante sería dejar a un lado la utilización tan vaga de la leyenda “elevado número” que lleva a la indeterminación total.

El delito colectivo, en cuanto a su nivel de afectación, vulnera tres grandes rubros⁶⁴⁴:

1. Agresiones a la libertad del trabajo (huelgas)
2. Violencia contra personas o cosas (homicidios, incendios, daños etc..)
3. Las rebeldías contra la autoridad, contra los poderes públicos, contra las instituciones sociales y políticas

El nivel de lesividad y la identidad del objeto material y jurídico que vulneran las macro organizaciones criminales tiene un amplio margen de semejanza con las formulaciones doctrinales del delito colectivo. Este fenómeno en lugar de estar referido hacia la lesión del individuo, va orientado hacia la degradación de la sociedad⁶⁴⁵. Una

⁶⁴⁴ UGARTE, Javier, *El delito colectivo*, op. cit., págs. 82-83.

⁶⁴⁵ UGARTE, Javier, *El delito colectivo*, op. cit., pág. 83.

referencia a ello es el anarquismo⁶⁴⁶ que tampoco ha sido ajeno a nuestro objeto de investigación.

Las masas siempre han sido manejadas por manos poderosas⁶⁴⁷. Desde un aspecto meramente organizacional: “A medida que una organización acrecienta su capacidad y el tipo de actividades que controla, suele aumentar el número de integrantes”⁶⁴⁸.

2. *Disposición de armas o instrumentos peligrosos*

En la vida de los actuales Estados democráticos la normativa en materia penal se encuentra sustentada en el principio la legalidad. Dicho principio contempla entre otros de sus múltiples postulados que la Ley penal ha de ser cierta. Esta circunstancia ha de comprenderse en palabras de POLAINO NAVARRETE como la descripción penal que habrá de llevarse a cabo con la máxima claridad y concisión⁶⁴⁹ dentro de las posibilidades de la técnica jurídica. La referencia a dicho principio es pertinente debido a que en el inciso b del 570 bis, punto 2, del CP, que estamos abordando, pareciera que el legislador ha pasado por alto las exigencias del principio de legalidad. Parece ser que, mientras más trata de proteger frente a los delitos de organización, el legislador genera una mayor imprecisión e inseguridad.

La vinculación de “las armas” con los grupos que se asocian con finalidades delictivas (independientemente si hablamos de asociaciones ilícitas como género o de terrorismo) ha sido y será una constante. De la misma manera ha de ser constante lo vaporoso de la definición de “arma”. Ello obliga a acudir a referencias de sintaxis especialmente por el hecho que el legislador ha utilizado dos elementos normativos que son de amplio espectro en cuanto a su vaguedad, nos referimos a “armas” o “instrumentos peligrosos”.

Conforme al diccionario de la Academia de la Lengua Española, arma es un término con un significado multívoco. Partiendo de esa base la cuestión de entrada está inmersa en una nebulosa. Unos ejemplos: Arma.- Instrumento, medio o máquina destinados a atacar o defenderse⁶⁵⁰. Profanamente todo el mundo puede explicar lo que son las armas. En cambio, para una tipificación rigurosa y acotada como se requiere en materia penal, no es viable tomar en cuenta un criterio interpretativo tan grande. Otros esfuerzos por tratar de acotar la distinción genérica de arma parten de esquemas diferenciadores fundamentales o básicos que permitan tal distinción. Por ejemplo

⁶⁴⁶ “La lucha violenta exige una organización, con la cual el anarquismo contemporáneo no ha llegado a transigir sin protesta, porque su doctrina es hostil a toda organización, pero ha tenido que reconocer la necesidad de una entidad vigorosa puesta frente a frente del Estado burgués y llamada a luchar contra él y contra las fuerzas que representa”, en Javier UGARTE, *El delito colectivo*, op. cit., pág. 86.

⁶⁴⁷ AVILÉS Manuel, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 66.

⁶⁴⁸ ORSI, Omar Gabriel, *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 41.

⁶⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 235.

⁶⁵⁰ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 204.

distinguir entre arma blanca y arma de fuego⁶⁵¹. Sea cual fuere la distinción que se adopte – ya que todavía dentro de las clasificaciones existen sub clasificaciones porque dentro del universo de las armas las organizaciones criminales y también las terroristas siempre se han encontrado a la vanguardia⁶⁵² debido a que intentarán emplear lo mejor de la tecnología para alcanzar sus fines⁶⁵³. La delincuencia organizada ha empleado armas para poder eliminar a sus enemigos y para emitir un mensaje comunicativo amenazador a todos los actores sociales.

De esta manera, el conflicto de las macro organizaciones criminales raya en una cuestión bélica, entendida esta como perteneciente a la guerra⁶⁵⁴. Ello no se debe a la criminalización de la tenencia de las armas sino que el mensaje comunicativo de agrupación organizada y el empleo de armas es lo que se encuentra desautorizado por la norma debido al grado de inseguridad que objetivamente se presenta.

No se requiere mucho esfuerzo para poder percatarse que nadie en su sano juicio quiere o le parece cómodamente tolerable la circunstancia de tener como vecinos a una organización que posee armas. Las armas en sí son objetos que acarrear un riesgo y por ende se exige un uso responsable y excepcional debido a que el nivel de dañosidad potencial que entrañan.

Por otra parte, el legislador, además del empleo del concepto de armas como agravante que ya de por sí es bastante vaga, adiciona el elemento de “instrumentos peligrosos”. Esta circunstancia deja abierta la puerta prácticamente a lo que sea, coartando de manera franca el principio de legalidad; cualquier objeto que existe en el mundo fenomenológico puede ser empleado peligrosamente. El *quid* del asunto no se encuentra en el objeto en sí, sino en el uso que se hace a través del mismo. La tenencia de armas como un delito de peligro no será objeto de nuestro debate⁶⁵⁵ y ello es lo que el legislador, ha sancionado. La cuestión radica en que una organización criminal incrementa ampliamente el nivel de inseguridad cognitiva que aporta cuando se encuentra armada o en posesión de objetos peligrosos. El legislador español no quiso dejar ni un resquicio para evitar el castigo por medio de la agravante y por ello emplea términos en absoluta vaguedad definitoria.

Otra cuestión que consideramos digna de tomarse en cuenta es que en la vida social, resulta muy complejo poder imaginar un supuesto en el que pueda operar una organización criminal sin la utilización de armas, o peor aún, sin la utilización de instrumentos peligrosos. Es precisamente a través de estos objetos generadores de peligro donde radica la principal herramienta de los terroristas o de cualquier clase de delincuencia organizada. Evidentemente el empleo de dichos objetos implica la tenencia

⁶⁵¹ Vid. CASARES, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española, de la Real Academia Española. De la idea a la palabra; de la palabra a la idea*, 2ª. edic., Editorial Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 2001, págs. 36-37.

⁶⁵² DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., págs. 146-147.

⁶⁵³ En el caso particular del terrorismo existen semejanzas importantes en cuanto a la utilización de ciertos tipos de armas como por ejemplo explosivos plásticos, en DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 147.

⁶⁵⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 306. En México el combate al narco tráfico se ha denominado como “guerra contra el crimen organizado”. “La guerra recibe toda clase de apelativos: “guerra de religiones”, “guerra de guerrillas”, “guerra civil”, en Joaquín GUERRERO MUÑOZ, *La sociedad extrema. Debates sobre la violencia*, Tecnos, Madrid, 2008, pág. 58.

⁶⁵⁵ Sobre la relación entre los delitos de mera actividad y los delitos de peligro abstracto Vid. Tatiana VARGAS PINTO, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 175 y ss.

de las mismas como parte de la organización, es decir, si la organización actúa, esta ha de ser la titular de la tenencia de las armas o instrumentos peligrosos. La tenencia habrá de entenderse bajo un elemento material de disponibilidad y uno de tipo subjetivo de ánimo de posesión por parte del sujeto⁶⁵⁶.

La codificación penal anterior a la reforma de 2010, criminalizaba como agravante el hecho del depósito o tenencia de armas, explosivos, etc., en el artículo 573 con una pena de seis a diez años de prisión cuando el hecho delictivo fuese cometido por aquellos sujetos que pertenezcan, actúen al servicio o colaboren con las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

De esta manera antes de la reforma, el legislador español ya llevaba a cabo el establecimiento de un criterio de imputación diferente a la redacción anterior de terrorismo del artículo 571, actualmente 572 en vigor. Bajo las pautas de la nueva legislación, en el caso de la macro-organización existe la vinculación directa entre la posesión de armas (en su sentido más amplio que incluye explosivos) y la banda armada.

La doctrina, al analizar el antiguo artículo 573 que no cambió durante la reforma de 2010, no ha estudiado pormenorizadamente el elemento del incremento del riesgo, de por sí ya desautorizado, en razón del aumento de la peligrosidad que implica la tenencia de armas o explosivos. Gran parte de la doctrina se limita a hacer reflexiones de la siguiente manera: “Depósito de armas o municiones, que establece el artículo debe entenderse en el sentido de referirse al que contempla el artículo 566 (...)”⁶⁵⁷. El delito es considerado como de peligro general y vulnera la seguridad comunitaria y el orden público⁶⁵⁸. El artículo en comento es una mera agravación⁶⁵⁹.

Desde nuestro punto de vista, el apartado b) del artículo 570 bis, punto 2, del CP, no es sólo una agravación, sino que es un exceso por parte del legislador. Lo anterior nos lleva a cuestionarnos si el Estado como entidad obligada a la protección y otorgamiento de seguridad hacia los ciudadanos está cumpliendo correctamente con su papel.

Por ello, la teoría del rol es la que otorga mayor seguridad científica gracias al principio de garantía conforme al cual, si se ejerce el rol-y esto implica necesariamente hacerlo con precaución-existirá siempre la certeza de que el Derecho penal no tendrá que heteroadministrarnos. Lo anterior debido a que la propia persona se estará comportando correctamente desde el prisma normativo. La heteroadministración tiene una relación directa con el concepto de coacción jurídica y la despersonalización del sujeto⁶⁶⁰.

Bajo este mismo orden de ideas, así como el ciudadano se debe autoadministrar correctamente, el Estado debe hacer lo propio implementando las medidas necesarias

⁶⁵⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra el orden público”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 1369.

⁶⁵⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1607.

⁶⁵⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1607.

⁶⁵⁹ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2612.

⁶⁶⁰ JAKOBS, Günther, “Diez años después” op. cit., págs. 6-9 / 12-13.

para exponer lo menos posible a sus ciudadanos ante los riesgos⁶⁶¹. Ello se refiere tanto a los riesgos de la criminalidad organizada como a los riesgos de victimización a través de la propia legislación criminal.

Para poder vivir libremente con la menor lesión a bienes jurídicos posible, es necesario que el ciudadano y el Estado actúen de forma precavida. La doctrina se ha encargado de acuñar un interesante concepto que es de gran utilidad para nuestro análisis, este es el llamado principio de precaución⁶⁶². Dicho principio podrá servir como herramienta para tratar de resolver la cuestión de la determinación del peligro en una conducta⁶⁶³. El establecimiento del principio de precaución deberá de fundarse única y exclusivamente bajo esquemas normativistas.

Es precisamente en esta encrucijada donde se cuestiona el principio, y estriba en identificar si el principio aporta en realidad la precisión jurídica que se requiere⁶⁶⁴. El principio de precaución no es más que un mecanismo de control de los riesgos que se presentan ante los contactos sociales. En este sentido el Estado no está ejerciendo correctamente su rol tipificador de conductas sancionadas penalmente con la precisión que se requiere y en cambio se convierte en una entidad que incrementa el riesgo de sancionar de forma por demás importante una conducta que se caracteriza por la imprecisión de sus elementos normativos, en aras de proteger a los ciudadanos.

SUNSTEIN establece algunos parámetros que resultan ser interesantes para nuestra crítica:

a) La autoridad junto con la ciudadanía, deben de participar activamente en cuanto a la estimación de riesgos. La autoridad tendrá que contar con la suficiente preparación para delimitar realmente cuál es un riesgo y cuál no. Lo mismo en cuanto a su intensidad y alcance.

b) El paradigma bajo el cual han de actuar las autoridades ha de estar orientado hacia el futuro y sobre un soporte científico sólido para que de esta manera se pueda elegir la herramienta de combate al riesgo que implique una mayor idoneidad, aunque no se debe olvidar que la elección de dicha herramienta anti riesgos ha de implicar asumir nuevos riesgos obligatoriamente. En cuanto a la elección de dicha herramienta, la autoridad tendrá la obligación de informar a sus ciudadanos acerca de la elección y

⁶⁶¹ SUNSTEIN, Cass R, *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*, traducido por Verónica Inés WEINSTABL / Servanda María DE HAGEN, Katz, Buenos Aires, 2009, pág. 15. El mismo autor afirma “Cuando los ciudadanos enfrentan riesgos catastróficos a los que no se les pueden asignar probabilidades, es sensato que adopten un principio anticatástrofe. Si las autoridades reguladoras operan en condiciones de incertidumbre, mejor sería que siguieran el principio maxi-min, determinarán los peores escenarios y optarán por el enfoque que elimine el peor de ellos”, en Cass R SUNSTEIN, *Leyes de miedo*, op. cit., pág. 153.

⁶⁶² Vid. MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, traducción de la 2ª. edic. alemana y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935, pág. 251, para quien: “Destaca VON HIPPEL un importante grupo de casos (...) el ejercicio de toda actividad, de todo círculo de acción externa, que roce los intereses jurídicamente protegidos de otra u otras personas obliga a emplear las reglas de precaución que el tráfico exige, frente a posibles riesgos y lesiones de bienes jurídicos”.

⁶⁶³ ROMERO CASABONA, Carlos María, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en Pedro CASTELLANO RAUSELL (dir.), *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, CDJ, núm. III, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pág.38.

⁶⁶⁴ ROMERO CASABONA, Carlos María, “El principio de precaución”, op. cit., pág. 27.

ante qué peligro se ha empleado. El *quid* del margen de seguridad que debe ser empleado radica en poder identificar el grado de amplitud de dicho parámetro y a qué clase de riesgos se ha de orientar⁶⁶⁵.

No obstante, al tratar de establecer los parámetros de seguridad que deben de ser empleados se requiere forzosamente un análisis dentro del terreno de la causalidad, con lo que habrá de preguntarse si será requerido un análisis de absolutamente todas las condiciones de causalidad o sólo de unas que sean relevantes. Si partimos desde una teoría causalista tradicional bajo la óptica de la teoría de la equivalencia de las condiciones, entonces la respuesta ha de ser afirmativa y habrán de ser considerados todas las circunstancias como potencialmente productoras del resultado riesgoso. El hecho de colocar todas las condiciones al mismo nivel, como potenciales generadoras de riesgo, no aporta ninguna clase orientación sino que sólo pone en evidencia el hecho de que cada evento de la vida se encuentra empapado por inabarcables interconexiones factuales⁶⁶⁶. Esta circunstancia llevaría a extender el espectro de seguridad hasta extremos indeterminados, situación que conduciría a un efecto paralizador derivado del principio de precaución. Bajo este contexto la vida social se vería seriamente interrumpida. Desde la perspectiva de JAKOBS, el daño ha de ser producto multifactorial, comportamiento desautorizado del autor, culpabilidad del mismo, autopuesta en peligro de la víctima etc., dicho complejo situacional es lo que se conoce como “riesgo”⁶⁶⁷.

3. *Configuración como delito de posesión*

Los delitos de peligro, precisamente por su falta de contenido modificativo del mundo fenomenológico, es decir, por falta de resultado material, obligan a una interpretación normativa más rigurosa. Esta situación requiere que quien interpreta extienda el contenido de la norma para llenar los vacíos dejados por el legislador. La situación importa necesariamente un riesgo para los ciudadanos en general.

En cuanto a la fuente de peligro que se ha de someter ante el sujeto encargado de la interpretación legal ¿Qué es más peligroso, un pincho de cocina o un tubo de acero? o ¿qué organización criminal es más peligrosa la que utiliza armas de asalto o la que utiliza explosivos?, ¿qué macro organización criminal importa un mayor riesgo para la estabilidad del Estado, la que emplea armas o instrumentos peligrosos?

Toda la temática sobre el riesgo que ha sido abordada pone de manifiesto que el legislador se ha convertido en un generador de riesgos. Ello resultado del estiramiento del principio de legalidad al criminalizar la utilización de instrumentos peligrosos como elemento de la macro organización criminal. El Estado no respeta el principio de precaución al momento de ejercer su labor legislativa. El principio de legalidad tiene su génesis en la idea fundamental de libertad, fruto de la lucha de pensadores durante la

⁶⁶⁵ SUNSTEIN, Cass R, *Leyes de miedo*, op. cit., págs. 163-166, en el mismo sentido este autor considera que para los riesgos ante eventuales ataques terroristas habría que prohibir los vuelos hacia los E.U. Para combatir los riesgos vinculados al calentamiento global se debería de prohibir el funcionamiento de ciertas plantas que generan los agentes contaminantes. Estas dos opciones tanto le de los vuelos como el de las factorías resultan ser exponencialmente altas bajo un parámetro de costes y beneficios. Por ello se ha de concluir que tanto para los individuos como para las sociedades habrá que hacer un análisis costes –beneficios para determinar los riesgos que se producen.

⁶⁶⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 269.

⁶⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág.569.

revolución francesa⁶⁶⁸. La actuación del Estado habrá de ser necesariamente cuidadosa y ante todo respetuosa de las libertades.

El fundamento que justifica una tipificación cuidadosa de la macro organización radica en que no puede vulnerarse la esfera de autoadministración a través del Derecho penal. La heteroadministración a través de la pena será válida sólo en casos excepcionales, es decir, cuando sea demostrada la culpabilidad del sujeto y haya necesidad en la imposición de la sanción. En este contexto el Estado deberá de respetar al máximo el principio de intervención mínima⁶⁶⁹.

En relación al tema de la posesión de armas u objetos peligrosos, profanamente cualquier objeto puede ser empleado con finalidades lesivas. Para tratar de delimitar este amplísimo espectro de aplicación en objetos como las armas o los instrumentos peligrosos, la doctrina reflexiona sobre la idoneidad de dichos elementos para la producción de dañosidad social. Se considera que la introducción de las armas en las esferas delictivas en el delito de terrorismo, no es más que un tema de disponibilidad de las mismas⁶⁷⁰. El hecho de incluir las armas en el tipo no ha sido una discusión pacífica dentro de la doctrina y ha generado la necesidad de elaborar varias diferenciaciones entre figuras afines⁶⁷¹. En síntesis y para efectos de esta investigación, la doctrina y la jurisprudencia han requerido que la banda armada se encuentre, lógicamente como su nombre lo indique, utilizando armas.

El hecho que la organización utilice armas u objetos aptos para generar un daño por medio de los llamados instrumentos peligrosos genera un aumento en la inseguridad que se produce. Ello responde a los rieles sobre los cuales corre el Estado moderno y la objetivación de inseguridad por parte de la sociedad⁶⁷². Ante esto habrá de ponerse mucha atención en las políticas y decisiones encargadas de administrar los riesgos⁶⁷³. Éstos al igual que el delito no se pueden erradicar en sentido absoluto, sino que los Estados deberán tener la suficiente habilidad político-criminal, para administrar correctamente las tasas de criminalidad que corresponda a un momento histórico determinado. La cuestión radica en el discurso acerca de un fenómeno de expansión del Derecho penal. Incluso se parte de consideraciones como la de un aumento de conductas que se consideran como punibles alejándose de las concepciones substantivas del bien jurídico y las exigencias del principio de intervención penal necesaria. Para TORÍO LÓPEZ, la proliferación del Derecho penal económico, administrativo, entre otros, es muestra de un pobre desarrollo a nivel jurídico⁶⁷⁴.

⁶⁶⁸ Vid. ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 144.

⁶⁶⁹ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 31.

⁶⁷⁰ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 68.

⁶⁷¹ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 68.

⁶⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús, *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2ª. edic., Civitas, Madrid, 2001, pág. 28.

⁶⁷³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, op. cit. pág. 29.

⁶⁷⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, "El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad", en *La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980, pág. 256.

La doctrina generalmente distingue las categorías de delitos de daño y delitos de peligro⁶⁷⁵. El Derecho penal habrá de partir de una concepción de peligro como una “cosa en sí” sin que sea relevante la actitud del o los intervinientes⁶⁷⁶. Por ello se han pronunciado teorías subjetivas, objetivas y normativas en torno a dicha noción. A continuación haremos una brevísima referencia a los principales elementos que la componen por ser de especial interés para nuestro estudio:

a) Teoría subjetiva. A través de este marco teórico el sujeto habrá de tener una participación preponderante a través de su actitud, para poder llevar a cabo la producción del peligro, siendo este ex ante bajo los planteamientos de FINGER⁶⁷⁷. El sujeto será quien tenga la apreciación del riesgo⁶⁷⁸. En la actualidad este enfoque dependiente de lo que ROCCO llama las impresiones generales del sujeto se encuentra abandonado⁶⁷⁹.

b) Teoría objetiva.- Para esta doctrina, siguiendo a ROCCO el peligro se traduce en una vivencia real, apreciable bajo los parámetros de la experiencia común⁶⁸⁰. Se aprecian bajo un esquema de que ciertas conductas resultan ser comúnmente peligrosas⁶⁸¹. La teoría objetiva gira en torno al acercamiento mayor o menor sobre la amenaza hacia un bien jurídico, a mayor peligro, mayor probabilidad de lesión, esto ha sido criticado por la doctrina en el sentido de que no aporta realmente un concepto clarificador de peligro sino de lo que quiere decir peligro como el incremento en la probabilidad de la lesión⁶⁸².

c) Teoría normativa.- Esta corriente de pensamiento considera que el peligro no es algo exclusivamente objetivo, sino que son requeridos criterios de valoración para su análisis⁶⁸³. Para que pueda darse tal valoración previamente habrá de ser necesaria la existencia del peligro⁶⁸⁴.

En España la doctrina mayoritaria adopta una postura objetiva, mientras que en Alemania se ha optado por la normativa⁶⁸⁵.

Volviendo a la visualización del peligro, éste puede ser considerado como una “cosa para algo” que se fundamenta en la idoneidad del propio daño⁶⁸⁶.

Estas nociones han dado a la doctrina las herramientas para desarrollar la teoría de los delitos de posesión y estatus que nos es necesario abordar por lo menos someramente, debido a que la macro organización incrementa su poder desestabilizador

⁶⁷⁵ “Si el resultado produce la destrucción total o parcial del bien o de un Derecho, estamos en la presencia de un delito de daño; si sólo alcanza la posibilidad de producirlo, nos hallamos ante un delito de peligro” en David BAIGÚN, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007, pág. 1.

⁶⁷⁶ BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 3.

⁶⁷⁷ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 33.

⁶⁷⁸ BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 1.

⁶⁷⁹ BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 2.

⁶⁸⁰ BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 2.

⁶⁸¹ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro*, op. cit., pág. 33.

⁶⁸² CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro*, op. cit., pág. 34.

⁶⁸³ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro*, op. cit., pág. 36.

⁶⁸⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro*, op. cit., pág. 36.

⁶⁸⁵ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Delitos de peligro*, op. cit., págs. 36-37.

⁶⁸⁶ BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro*, op. cit., pág. 5.

a través de la disposición de armas e instrumentos peligrosos. Ciertos tipos de posesión y de estatus son considerados como una forma de autoprotección estatal⁶⁸⁷. Estas categorías se refieren a dos cuestiones⁶⁸⁸:

A) Tipos de posesión: tenencia de un objeto

B) Tipos de estatus: ser miembro de una organización

En el caso de la organización criminal que adquiere el nivel de macro organización por disposición de armas o instrumentos peligrosos. Nos encontramos precisamente ante un complejo problema en materia de lo que la doctrina denomina delitos de tenencia y que se fundamentan en el incremento del peligro para bienes jurídicos y vigencia de la norma. La cuestión puede ser clarificada a través de la siguiente interrogante: ¿la disposición de armas o instrumentos peligrosos constituye un delito de tenencia dentro del seno de las organizaciones criminales? Éstos -los delitos de tenencia- se caracterizan por sancionar la posesión de determinados objetos⁶⁸⁹ que el legislador ha considerado como peligrosos con independencia del uso que les dé a los mismos. Los ejemplos más típicos de estas especies son la tenencia ilícita de armas⁶⁹⁰, droga y pornografía infantil⁶⁹¹. En el caso de la tenencia ilícita de armas, la estructura de esa clase de delitos de posesión que sancionan la peligrosidad, en sí, del objeto, son viables de circunscribir dentro de los parámetros del Derecho penal del enemigo.⁶⁹² En este sentido se encuentra aun mayormente justificada su punición adelantada por encontrarse, dicha posesión, inmersa en el seno de una organización terrorista.

Debemos hacer mención que el legislador en materia de macro organización criminal, no distingue si la disposición de armas ha de ser conforme a una posesión lícita o ilícita de armas, de tal suerte que ha criminalizado aún cuando la posesión sea legal y en caso de que sea ilegal, nos tendremos que atener a las reglas correspondientes al concurso de delitos. Es realmente importante el análisis que hace PASTOR MUÑOZ sobre la criminalización de los delitos de posesión como entidades desestabilizadoras bajo los siguientes argumentos que consideramos dignos de transcripción literal: “En efecto, un tipo penal no es legítimo cuando la razón de la tipificación no es el comportamiento recogido en el tipo, sino otra que se encuentra fuera de él. Por ello, si la tenencia ilícita de armas no se castigara por ser un hecho que perturba a la sociedad, sino sólo por ser un indicio de que el poseedor puede intervenir en el homicidio, no sería un tipo penal legítimo, por mucho que resultara “práctico”, desde el punto de vista

⁶⁸⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005, págs. 30-31.

⁶⁸⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 37.

⁶⁸⁹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético – aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / Bernardo DEL ROSAL BLASCO / Lorenzo MORILLAS CUEVA / Enrique ORTS BERENGUER / Manuel QUINTANAR DÍEZ (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 473.

⁶⁹⁰ En el caso particular de la tenencia de armas el debate tiene implicaciones de enorme importancia en Europa sobre el tráfico de armas y la enorme complejidad que implican las organizaciones criminales de traficantes de armas que tiene su génesis al concluir la guerra fría en la zona de los Balcanes, en Isabel SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 52

⁶⁹¹ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Contribución a la teoría”, op. cit., págs. 473-474.

⁶⁹² POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de posesión”, op. cit., pág. 499.

de la persecución del homicidio en cuestión”⁶⁹³. De esta manera habrá que distinguir qué criterio ha utilizado el legislador para criminalizar la macro organización, si el criterio de la desestabilización social es incrementado por la tenencia de las armas e instrumentos o porque a través de las armas la organización puede llevar a cabo una serie de delitos de elevado impacto.

La cuestión es que tampoco podemos cerrar la investigación sobre este tema considerando simplemente que es un delito de tenencia de armas porque no estamos hablando de esa conducta en particular, sino de la agravante de macro organización en el seno de los delitos de organización criminal.

Lo que ha de tomarse en cuenta no es el peligro *per se* que implica la disposición de las armas o los instrumentos peligrosos, sino el incremento del riesgo y de la inseguridad que ya de por sí es bastante con la organización criminal y que el legislador ha establecido como criterio de imputación. La organización criminal en posesión de armas o instrumentos peligrosos es más peligrosa que sin ellos.

Es interesante la manera en que el legislador ha empleado el verbo “disponer” que quiere decir, dentro de sus múltiples acepciones: “(v)alerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo por suyo”⁶⁹⁴. Esta definición permite clarificar si el momento de la desestabilización a nivel macro organizativo requiere de la posesión física o no de las armas o instrumentos. Este es uno de los temas de mayor complejidad dentro de los delitos de posesión, definir qué se quiere decir con posesión, es viable adoptar el criterio civilista o por el contrario hay que replantear uno nuevo dentro de la cosmovisión del penalismo⁶⁹⁵. Interesante es el planteamiento que es manejado por la doctrina en el sentido de que la posesión no es un comportamiento, ello desde nuestro punto de vista ha de ser rechazado y apoyamos la postura doctrinal que considera la posesión como un caso de comisión por omisión⁶⁹⁶.

La cuestión central radica en que el sujeto puede deshacerse del arma que importa el peligro y no lo hace. Puede dejar de aportar inseguridad, podría evitarlo. La posesión tiene, desde la perspectiva del tenedor del arma, una cuestión que PASTOR MUÑOZ llama “conciencia de la posesión”, conforme a la que dicho reconocimiento de la tenencia también genera conciencia de que se puede deshacer del bien⁶⁹⁷. El legislador español tal vez consideró esta circunstancia también para fundamentar la agravante en la macro organización por disposición de armas o instrumentos peligrosos. A estas alturas de la compleja y nada pacífica temática que nos encontramos abordando, nos resulta muy útil la clasificación de PASTOR MUÑOZ que establece criterios en cuanto a la posesión de objetos peligrosos bajo los siguientes parámetros⁶⁹⁸:

⁶⁹³ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 28.

⁶⁹⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 837.

⁶⁹⁵ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 34.

⁶⁹⁶ “La propuesta de interpretar la posesión como una comisión por omisión consiste en entender que “poseer” significa la “omisión de la supresión o finalización de la posesión”. Según este planteamiento, se castiga al autor de la posesión porque ha incumplido el deber que deriva de la posición de garante que ocupa, a saber, el debe poner fin a la posesión de ese objeto”, en Nuria PASTOR MUÑOZ, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 39.

⁶⁹⁷ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 41.

⁶⁹⁸ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., págs. 48-55.

a) La posesión de objetos peligrosos que es en sí peligrosa: en este caso la tenencia del objeto que emite el peligro no requiere de ningún comportamiento ulterior atribuible al tenedor. La cosa es peligrosa por el simple hecho de ser como es. El ejemplo típico será la posesión del arma del artículo 564 y la de material radioactivo en inadecuadas condiciones de seguridad del 345.

b) La posesión de objetos peligrosos que pueden ser empleados de manera peligrosa: a pesar de la posesión de un objeto peligroso, esta tenencia no lo es *a priori* peligrosa para bienes jurídicos y habrá de requerir un comportamiento humano a través del objeto para que se adecue a esta clasificación. Ej. poseer una pistola con la posibilidad de cometer un homicidio sin causa de justificación o de estado de necesidad exculpante. En Alemania la posesión de perros peligrosos sin licencia.

c) La posesión de objetos con la intención de cometer un delito: La posesión de objetos no es peligrosa en sí, pero hay detrás un plan delictivo para su uso, mismo que ha de probarse sobre elementos objetivos demostración (el plan).

d) La posesión de objetos específicamente destinados a la comisión de delitos, siempre y cuando la posesión tenga un significado inequívoco de preparación: La posesión de la cosa tiene como fin única y exclusivamente la comisión de delitos.

e) La pertenencia a una organización criminal: delito de estatus.

f) La posesión de objetos provenientes de la comisión de un delito.

Bajo esta clasificación pueden incluirse varios tipos en distintos supuestos lo que genera mayor complejidad. La interrogante para nuestro caso sería ¿dónde quedará comprendida la disposición de armas o instrumentos peligrosos como fundamento de la macro organización? La autora establece algunos parámetros sobre factores de identificación comunes en cada una de las categorías, entendido como la distancia que existe entre la posesión o estatus y la efectiva lesión de bienes jurídicos, mismo que fundamenta la anticipación, salvo el en caso f⁶⁹⁹.

Pongamos un ejemplo muy sencillo: una célula de cierta organización criminal-terrorista construye un artefacto explosivo con c-4 (explosivo plástico de alto nivel de dañosidad) y lo utiliza en las instalaciones del Banco Central correspondiente a un país del sur de Asia. En este caso podríamos encuadrarlo en el *apartado b)* posesión de objetos peligrosos que pueden ser usados de manera peligrosa; ello se debe a que ya *per se* el explosivo es peligroso, pero ahora además de ello puede usarse de forma peligrosa. Puede llegar a confundirse con el *apartado d)* la posesión de objetos específicamente destinados a la comisión de delitos, siempre y cuando la posesión tenga un significado inequívoco de preparación. Pero si se analiza cuidadosamente esto es sólo un espejismo ya que el inciso en comento requiere que el objeto exista específicamente para la comisión de delitos como las máquinas de falsificación de moneda o los laboratorios para producir droga sintética. Por otra parte, el *apartado b)* tiene mayor adecuación al ejemplo que hemos puesto. Sin embargo, aún hay una dificultad extra al observar el inciso c) la posesión de objetos con la intención de cometer un delito. El problema es que para la autora de la clasificación la posesión no es en sí peligrosa pero va

⁶⁹⁹ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 54.

acompañada de un plan delictivo⁷⁰⁰. En el caso del explosivo en el Banco Central asiático, el explosivo es *per se* peligroso conforme al apartado b), pero carece del plan delictivo de los terroristas, necesario para c).

Nos encontramos ante un punto intermedio que daría lugar a una clasificación extra que en nuestra opinión debiera de quedar así: apartado g) la posesión de objetos peligrosos con la intención de cometer delitos. Este será desde nuestro punto de vista el criterio utilizado por el legislador. De esta manera ha considerado que la organización criminal aporta mayor grado de inseguridad al disponer de armas o instrumentos peligrosos.

Las armas deberán de ser utilizadas en organizaciones criminales como las terroristas con la finalidad de causar el mayor daño que sea posible⁷⁰¹. Ya hemos mencionado que el terrorismo suele estar vinculado a la utilización de ciertas armas de naturaleza explosiva, pero bajo esta idea que compartimos nos adherimos a lo que dice LLOBET ANGLÍ que el terrorismo bien puede llevarse a cabo empleando armas de fuego como pistolas únicamente⁷⁰² e incluso sin la utilización de dicho tipo de armas como por ejemplo usando armas blancas⁷⁰³.

En el estudio de una temática novedosa, POLAINO-ORTS estima que conforme a la clasificación de los delitos de posesión, los casos correspondientes a los apartados a), b), c), d), y e) son delitos anticipados frente a la lesión del bien jurídico pero sin que deje de existir una incriminación independiente como delito consumado por lesión a la seguridad como bien jurídico colectivo⁷⁰⁴. Pero no sólo sucede eso, sino que también en todos los supuestos de delitos de posesión se lesiona la vigencia de la norma⁷⁰⁵.

4. *Macro organización y conflicto armado*

Así como la reforma al CP en materia de organización criminal con un elevado número de personas nos ha llevado a establecer los límites con la muchedumbre delictiva, ahora nos vemos en la necesidad de explorar la zona fronteriza entre la macro organización y los conflictos armados de tercera generación, es decir, un conflicto armado al interior del propio Estado.

Para ello hemos de hacer referencia al protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949. El tipo de conflicto en el que se resulta aplicable es de interés para nuestra investigación, mismo que se refiere en su artículo 2º en los siguientes términos:

Artículo 1º: 1(...) que se desarrollen entre una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas(...).

⁷⁰⁰ PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión*, op. cit., pág. 50.

⁷⁰¹ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 83.

⁷⁰² LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 83.

⁷⁰³ “En el mismo sentido, podría ser terrorista un grupo de samuráis que, usando únicamente la espada como arma, matase y lesionara a los miembros de una sociedad, creando así el pánico entre la población en orden a la consecución de un fin político”, en Mariona LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 83.

⁷⁰⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de posesión”, op. cit., pág. 496.

⁷⁰⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de posesión”, op. cit., pág. 497.

2.- El presente protocolo no se aplicará a las situaciones de tensiones internas y de disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia y otros actos análogos, que no son conflictos armados⁷⁰⁶.

De la transcripción hecha se desprenden varias cuestiones interesantes. Una es la relativa a los grupos armados organizados y la diferenciación respecto de los actos de violencia esporádicos y motines. Una conformación sistémica como la que introduce el legislador español como la macro organización a través del uso de las armas, bien puede quedar comprendida dentro de los extremos del protocolo. No obstante difícilmente podemos imaginar en la realidad la aplicación de normas de Derecho Internacional Humanitario dentro de los límites de la soberanía de un Estado como el español en materia de delitos de organización.

Lo relevante es que la macro organización criminal armada puede evolucionar enormemente y por ello el legislador ha sancionado la disposición de armas o de instrumentos peligrosos. Independientemente de las cuestiones de aplicación, jurisdicción y competencia de leyes y tribunales que por supuesto no abordaremos, queremos centrar nuestras baterías en la cuestión relativa a la diferenciación de los fenómenos de macro organización criminal y los modernos conflictos armados internos.

La doctrina especializada también conoce a dichos eventos como guerra civil⁷⁰⁷. Interesante es la referencia que hace la literatura en el caso particular del terrorismo internacional al catalogarlo no como una *situación* a la que se deba aplicar el Derecho Internacional Humanitario sino como una *conducta*⁷⁰⁸, no la compartimos. El tema se complica al establecer lo que quiere decirse con conflicto armado interno, a tal grado que parte la doctrina lo considera como un concepto voluble⁷⁰⁹. Una característica que nos interesa es que la literatura también estudia la participación de guerrilleros en este tipo de conflictos en organizaciones terroristas de corte latinoamericano⁷¹⁰. La cuestión en síntesis es que nos encontramos ante un enfrentamiento entre el Estado y grupos armados organizados⁷¹¹.

⁷⁰⁶ *Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1977, pág. 92.

⁷⁰⁷ GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho internacional humanitario*, Dykinson, Madrid, 2005, pág. 121.

⁷⁰⁸ GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos*, op. cit., pág. 123. No compartimos el criterio de la investigadora en el sentido de que la inseguridad que generan los actores armados organizados no deben ser repelidos en cuanto a su intensidad en el tiempo, sino en cuanto a la inseguridad que aportan y que desestabiliza, sin importar que sea uno, cien o mil actos de violencia. Esta clase de argumentos además ya han sido empleados en eventos muy lamentables como el genocidio en Ruanda, donde estas argumentaciones fueron utilizadas por los gobiernos de la comunidad internacional para evitar la completa y contundente intervención de las fuerzas de la ONU en el país, permitiendo de esta manera uno de los episodios más lamentables de la historia de la humanidad. El gobierno de Clinton argumentó que no nos encontrábamos ante un genocidio sino ante actos de genocidio. “La comunidad internacional está llamada a intervenir, pero se muestra reticente. Únicamente Francia propone el envío de una fuerza de interposición que instalaría una zona de seguridad para los refugiados y la población del sudoeste de Ruanda”, en Yves TERNON, *El Estado criminal. Los genocidios del siglo XX*, traducción de Rodrigo RIVERA BARRERO, Ediciones Península, Barcelona, 1995, pág. 341.

⁷⁰⁹ GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos*, op. cit., pág. 124.

⁷¹⁰ GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos*, op. cit., pág. 124.

⁷¹¹ GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos*, op. cit., pág. 125.

Objetivamente un grupo beligerante y la macro organización terrorista comparten elementos. Subjetivamente ambas estructuras plantean un cambio de paradigma por la vía armada. Establecer una línea divisoria no es tarea fácil. El movimiento beligerante es un sujeto de Derecho Internacional Humanitario con reconocimiento internacional al igual que ciertas organizaciones terroristas.

Una posible diferencia elaborada por la doctrina radica en *la frecuencia* con la que un movimiento beligerante actúa en el seno de un conflicto de tercera generación. En este sentido el ejercicio de la violencia debe de ser *regular* para que el fenómeno entre bajo la competencia del Derecho Internacional Humanitario⁷¹². En el caso de las organizaciones terroristas su actuar no es regular ni permanente, a pesar de que la inseguridad cognitiva producida si lo sea.

Sea como fuere es un hecho que en los conflictos bélicos el terrorismo es una opción bajo el esquema de una guerra de aniquilamiento del enemigo⁷¹³

5. *Disposición de medios tecnológicos avanzados o medios de transporte*

Una vez más nos encontramos con el verbo disponer al inicio de la macro estructura. Ahora ya no se hablará de un número de personas ni de armas o instrumentos peligrosos sino de algo aún más vaporoso. En este caso ya no tenemos ni siquiera la directriz de la peligrosidad del bien *per se* como en el caso de las armas, o explosivos, sino que ahora ya cualquier cosa que favorezca a la comunicación y que sea avanzado tecnológicamente bastará para la justificación de la sanción agravada.

La gravedad del asunto se debe a que de nuevo hay una vulneración importante del principio de legalidad. En cuanto a la certidumbre de la normativa ya hemos realizado un análisis sobre esta problemática por lo que no repetiremos las mismas consideraciones en el presente abordaje, sino que nos limitaremos a decir que la vulneración es mayúscula. ¿Qué es un medio de comunicación avanzado? En primer lugar, tenemos que situarnos en una cuestión de diferenciación del todo y la cuestión puntual que en un principio parecen contradictorias⁷¹⁴. Lo primero que hemos de estimar cuestionable es que el criterio del legislador genera la problemática de limitar el tiempo y lugar en el que el medio de comunicación ha de considerarse como avanzado. Por ejemplo, un teléfono móvil es un bien prácticamente común en la mayoría de los países. No obstante, también es cierto que al interior de estos existen regiones donde dichos artefactos son completamente novedosos; piénsese en comunidades apartadas de América o en ciertos países de África. Por lo tanto, en estos contextos sociales no será lo mismo un medio de comunicación avanzado que en las modernas ciudades metropolitanas.

Si se continúa con el análisis estructural del tipo penal, podremos constatar que no se trata solamente de medios de comunicación, sino que también se incluyen los medios de transporte. Ambas categorías habrán de ir orientadas hacia un elemento de aptitud para llevar a cabo los delitos o su impunidad. La cuestión es que conforme a los

⁷¹² GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos*, op. cit., pág. 127.

⁷¹³ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las actividades terroristas*, op. cit., pág. 31.

⁷¹⁴ En un ejemplo de Hegel “El capullo desaparece cuando brota la flor, y pudiera decirse que aquél está refutado por esta; análogamente, la flor queda declarada por el fruto como una falsa existencia de la planta, y en lugar de aquella se presenta este como verdad suya”. En HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, traducción de X ZUBIRI, Madrid, 1935, pág. 5.

medios con los que opera la moderna criminalidad organizada, es evidente que cualquier tipo de organización habrá de hacer uso de medios de comunicación avanzada. La situación se repite en los medios de transporte orientados hacia los fines descritos por el legislador. No es posible concebir la organización terrorista más rudimentaria sin el uso de vehículos automotores o medios de comunicación electrónicos.

La doctrina española prácticamente no se ha abocado a estudiar dicha agravante porque simplemente no existía. En realidades donde el fenómeno de las macro organizaciones criminales es mucho más violento como en México, tampoco hay un tratamiento doctrinal serio del fenómeno. Sin embargo, en las notas periodísticas e investigaciones sí hay datos interesantes que demuestran el nivel de tecnología que emplea la delincuencia organizada. Basta con acudir a cualquier buscador de internet y navegar un poco en los principales diarios de México para constatar que el narco utiliza desde catapultas de la edad media, hasta submarinos, tanto para transportar la droga como para ocultarse y escapar. En el contexto español, el nivel de desarrollo de las organizaciones criminales no ha alcanzado-afortunadamente para España y Europa-el nivel de tecnología y de fuerza existentes, no sólo en México sino en muchos países de América Latina.

Volviendo al contexto español y desde una perspectiva de análisis global, hemos de considerar que el desarrollo de la tecnología siempre será una constante en materia de organizaciones criminales. Esto en aras de un perfeccionamiento operacional, fenómeno que no es nuevo sino que ha acompañado a este tipo de delincuencia así como al principio se innovó con la utilización de las armas de fuego y las máquinas para falsificar billetes⁷¹⁵. Las organizaciones criminales suelen poseer un enorme poder económico lo que les permite adquirir vehículos y tecnología de punta en todos los niveles de la organización. Dicho desarrollo tiene su génesis en la importante semejanza existente entre organizaciones criminales y organizaciones empresariales⁷¹⁶. Uno de los principales medios tecnológicos de comunicación que han empleado las organizaciones es el internet, piénsese por ejemplo en el caso de la pornografía infantil⁷¹⁷, es el internet que ha sido empleado por las organizaciones criminales como un medio importante de comunicación debido a la anonimidad de su entramado comunicativo, consideraciones que ya hemos hecho en el segundo capítulo de esta investigación. Hasta dónde la red representa un lugar dónde la criminalidad pueda aflorar es algo que debe ser explorado⁷¹⁸.

No debemos olvidar que para la macro organización, los medios tecnológicos y los vehículos han de tener una orientación determinada hacia la aptitud de cometer delitos o facilitar los mismos o su impunidad. En este caso el internet ha sido empleado

⁷¹⁵ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico”, op. cit., pág. 2.

⁷¹⁶ RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico”, op. cit., págs. 2-3.

⁷¹⁷ MORALES PRATS, Fermín, “El Derecho penal ante la pornografía infantil”, en Fermín MORALES PRATS / Oscar MORALES GARCÍA, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Revista Aranzadi, Thomson Company, Navarra, 2002, págs. 95 y ss.

⁷¹⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *RECPC*, núm. 13-07, 2011, pág. 3.

como medio difusor de propaganda terrorista⁷¹⁹, lo cual ya es en sí un delito. El ejemplo tiene una adecuación interesante cuando se trata de una organización criminal. El internet puede ser empleado como herramienta de maximización del daño a bienes jurídicos⁷²⁰ Bajo este orden de ideas podemos considerar que la red se encontrara en aptitud de ser utilizada con fines antijurídicos como en caso de las organizaciones criminales. La idoneidad del internet tiene su origen en su potencia difusora de imágenes e información⁷²¹ además de la dificultad que entraña poder perseguir y encontrara a los verdaderos autores de los mensajes. Esto ha llevado a que el Estado tenga que responder no sólo a través del Derecho sustantivo como en caso de la fracción que nos encontramos explorando, sino además en la formación de cuerpos de policía especializados en este tipo de labores. La doctrina los llama en España ciberpolicías⁷²² (en México, Policía Federal Cibernética) aquí hay que distinguir el hecho de que las organizaciones utilicen el internet como herramienta, de los modernamente llamados “delitos informáticos” que poseen una naturaleza jurídica completamente distinta⁷²³. Actualmente la red es empleada por los terroristas a tal grado que ha permitido la acuñación del término “ciberterrorismo”⁷²⁴. El internet es empleado para la captación de adeptos que engrosen las filas de las organizaciones, obtener recursos y emitir mensajes así como para localización de objetivos ya sean personas o instalaciones estratégicas para el Estado⁷²⁵.

Queremos subrayar el hecho que el legislador ha establecido un criterio de aptitud tecnológica para la comisión del delito a través del medio de comunicación avanzado. En este sentido y desde nuestra perspectiva, la aptitud del internet en particular, se debe al nivel de difusión que tiene. Por ejemplo pensemos en la convocatoria que hace una organización criminal terrorista, para que se unan a sus filas un grupo de voluntarios a cambio de una jugosa retribución económica. En este caso el internet posee dos elementos de enorme importancia, la difusión y la anonimidad. La difusión quiere decir poner a disposición de la generalidad⁷²⁶. La difusión al ser utilizada a través del internet ha de considerarse, debido a lo antijurídico del mensaje que se difunde como un delito de peligro hipotético, terminología acuñada por TORÍO LÓPEZ⁷²⁷, discusión que por el momento nos es ajena a pesar del enorme interés que despierta.

Otros medios de comunicación que igualmente son de uso común como el internet son los teléfonos móviles, mismos de los que existe una enorme variedad de clases y modelos que se pueden ir adecuando a las necesidades de los usuarios dentro y

⁷¹⁹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las libertades en la era del internet”, en AA.VV, *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 370.

⁷²⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las libertades en la era del internet”, op. cit., pág. 371.

⁷²¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las libertades en la era del internet”, op. cit., pág. 371.

⁷²² Vid. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las libertades en la era del internet”, op. cit., pág. 373.

⁷²³ Se habla de la existencia de un bien jurídico nuevo de naturaleza estrictamente informático que será la entidad que se lesione o se ponga en peligro. En Gonzalo RODRÍGUEZ / Jaime ALONSO / Juan LASCURAÍN, “Derecho penal e internet”, en Javier CREMADES / Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ / Rafael ILLESCAS, *Régimen jurídico de internet*, La Ley, Madrid, 2002, pág. 260.

⁷²⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La oportunidad criminal en el ciberespacio”, op. cit., pág. 4.

⁷²⁵ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., “Informática y delito. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías”, en *VLex Editorial Jurídica de Internet*, 2012, págs. 7-8.

⁷²⁶ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad penal y civil por los delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del Caso de los Proveedores de Contenidos, Servicio, Acceso y Enlaces*, 2ª. edic., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006, pág. 43.

⁷²⁷ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad penal y civil*, op. cit., pág. 46.

fuera de la ley. Es de llamar la atención la STS 1009/2009 de 19 de octubre en la que son procesados varios sujetos sudamericanos que formaban parte de una organización criminal cuyo radio de acción era África y España y que utilizaban como medios esenciales de comunicación diferentes clases de teléfonos móviles. Veamos algunos fragmentos esenciales de la resolución:

“(…)Además, le fueron intervenidas las llaves de dos vehículos un Volkswagen Golf, matrícula-STV y un Audi A.3-JFK , en cuyo interior fueron aprehendidos, entre otros efectos, sendas cajas de teléfonos móviles y tarjetas telefónicas, realizándose por los agentes actuantes, sobre las 17,30 horas del mismo día 21 de febrero de 2006, provistos del correspondiente mandamiento judicial, una diligencia de entrada y registro en el domicilio del procesado sito en la AVENIDA000 nº NUM024 , NUM025 de Alcorcón (Madrid), incautándose de más teléfonos móviles”.

Tan importante es la utilización de esta ya cotidiana herramienta de telefonía, que el caso planteado dentro de la resolución que se comenta, versaba precisamente en parte, acerca de la legitimación para intervenir los multicitados artefactos. En el caso no sólo se utilizaron teléfonos móviles comunes, sino que se emplearon otros que servían como medio de comunicación satelital, esto es parte de lo que encontraron las autoridades como las herramientas que utilizaban los imputados para el desarrollo de sus actividades de trasiego de droga: “(…) cargadores de móviles, diversas tarjetas de telefonía, agendas y documentos manuscritos con anotaciones relativas a los teléfonos de los demás imputados y a las tarjetas o teléfonos vía satélite Iridium”.

La siguiente resolución contempla de manera por demás interesante otra forma en la que a través de los supuestos que se presenten en la vida práctica, podemos apreciar otra vía de utilización de la telefonía móvil como herramienta para llegar al objetivo delictivo. STS 493/2010 de 25 abril en la que “Inocencio comunica a Matilde su deseo de volver a Cataluña para protagonizar algunas "acciones directas" (actos violentos, según la terminología anarquista); un recorte con la imagen de un joven causando destrozos en un local de la cadena Mcdonalds; el fanzine titulado "Diario e ideario de un delincuente"; un texto que termina con la frase "Fuego a las multinacionales y a los estados capitalistas"; un artículo titulado "El uso del teléfono móvil para el activismo"; un fanzine titulado "Acción en la calle"; un artículo titulado "Consejos prácticos en caso de detención", y una hoja manuscrita encabezada con las palabras "Quien ama quema”

Además de demostrar el nivel de fanatismo al que pueden llegar los integrantes de las organizaciones subversivas, aquí se pone de manifiesto que existe una concepción de utilización del móvil como vehículo idóneo de utilización delincencial. Desafortunadamente la sentencia no entra en mayores detalles acerca de en lo que consistía dicho artículo sobre la utilización del móvil para el activismo.

En cuanto a ciertas particularidades acerca del nivel tecnológico que pueden llegar a emplear las organizaciones criminales, particularmente las de tráfico de droga que se caracterizan por poseer grandes cantidades de dinero para invertir en equipo, tenemos la STS 1293/2001, de 28 de julio, en la que “(t)ambién dice que es imposible la interceptación por tratarse de tecnología digital, superando dos retos: primero, la descodificación de la señal, y después, descifrar el algoritmo A-5, que protege todo el

sistema”. De esta manera podemos observar una vez más que en realidad las organizaciones criminales se encuentran en una posibilidad de acceso verdadera, a los mejores instrumentos tecnológicos de comunicación.

Continuando con el estudio de la agravante macroorganizativa, es ahora turno evaluar lo que sucede cuando el legislador se refiere a medios de transporte que sean útiles para la comisión de los delitos. La cuestión es particularmente interesante cuando se analiza la utilización del medio de transporte más común en la actualidad que es el automóvil. ¿Cuántas veces no hemos tenido la oportunidad de enterarnos que las organizaciones criminales utilizan los coches como artefactos que junto con los explosivos forman lo que se conoce como “coche bomba” generando un enorme nivel de daño material y temor entre la población? ¿Cómo debemos de considerar al coche bomba, como arma, instrumento peligroso, medio de transporte? Podríamos debatirlo infinitamente y no llegaríamos a una conclusión satisfactoria. Desde nuestro punto de vista el vehículo sigue siendo un medio de transporte de los explosivos que son la bomba en sí. El vehículo que con mayor facilidad suele ser utilizado por las organizaciones criminales es el vehículo automotor como lo hemos mencionado ya anteriormente; la discusión en cuanto a la delimitación de este tipo de máquinas no es pacífica a pesar de que para la doctrina el vehículo automotor es de naturaleza terrestre, pero para la doctrina el concepto puede extenderse a otra clase de artefactos⁷²⁸.

DE VICENTE REMESAL excluye a los aviones como vehículo de motor debido a que socio culturalmente no se entiende como tales a los aviones⁷²⁹. Pero la cuestión se complica un poco más con otros medios que son mucho más semejantes al coche común, como lo son los trenes o los tranvías. Estos medios de transporte son tristemente célebres debido a los trágicos acontecimientos del 11-M donde fueron depositadas sendas cargas explosivas en vagones de un tren de la estación de Atocha en Madrid. Por lo tanto para España sí es importante esta cuestión, debido a este acontecimiento perturbador y de dimensiones históricas no sólo para España sino para todo el mundo. La doctrina no se pone de acuerdo, o por lo menos no lo ha hecho hasta antes de la reforma de 2010 al CP⁷³⁰. Consideramos que, debido a los acontecimientos terroristas mencionados y a la naturaleza de la macro organización, el legislador seguramente habrá incluido un criterio extensivo de vehículos. Como menciona la doctrina, el concepto de vehículo automotor dependerá del contexto en el que sea utilizado, ya sea como objeto material o como instrumento para la comisión del delito, este último supuesto es en el que encuadra la conducta que nos encontramos explorando por el momento⁷³¹.

La resolución 37/2004 del 16 de noviembre de 2004 menciona en su rubro lo siguiente: “*Asociaciones ilícitas*: Integrantes de las bandas armadas y organizaciones terroristas: pertenencia a banda armada: naturaleza y requisitos; existencia: realización

⁷²⁸ DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de robo y hurto de uso de vehículos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 71.

⁷²⁹ DE VICENTE REMESAL, Javier, *Utilización ilegítima de vehículos de motor (aspectos fundamentales)*, Aranzadi, Navarra, 1994, pág. 141.

⁷³⁰ “Por lo que se refiere a los vehículos de motor terrestre, ZUGALDÍA no ofrece argumentos propios para la exclusión de los ferrocarriles y funiculares, aunque parece que consistiría un criterio empírico-cultural (...)”, en Javier DE VICENTE REMESAL, *Utilización ilegítima*, op. cit., pág. 142.

⁷³¹ DE VICENTE REMESAL, Javier, *Utilización ilegítima*, op. cit., pág. 161.

por el acusado, tras su captación por la banda terrorista ETA, de labores de información sobre posibles objetivos de la misma, su identidad, domicilios e itinerarios, preparando un coche bomba con 60 kg de explosivo industrial, en perfecto estado para su deflagración, que no pudieron utilizar contra una de las personas destinatarias del mismo por desaparición del seguimiento informativo programado, colocándolo frente a un edificio de viviendas y avisando a la policía para su desactivación”⁷³².

Por último deseamos transcribir un segmento de la STS 10/1998 de 12 de marzo donde se narra brevemente la utilización de un vehículo automotriz para la huida de algunos miembros de una organización terrorista “A continuación, los cuatro miembros "liberados" del grupo agresor emprendieron la huida del lugar, dirigiéndose hacia el cementerio, donde fueron recogidos en el mismo automóvil Renault-4 que les había trasladado hasta Amurrio, desde donde se desplazaron a Areta para ocultarse en una vivienda. El hecho fue reivindicado por la Organización terrorista ETA”.

¿Cuál es la utilidad de haber transcrito estos fragmentos de las sentencias? Pues que demuestran que en la vida diaria de las autoridades españolas, las organizaciones criminales de distintas naturalezas emplean tecnología de comunicaciones y vehículos automotores como herramientas de su que hacer delictivo. Este tipo de circunstancias son las que seguramente motivaron al legislador para considerar la agravante de macro organización por uso de tecnología o vehículos. Lo trascendente es que nunca antes se habían incorporado estos elementos de forma tan específica, para satisfacer las necesidades del criterio de imputación.

¿Existe una mayor peligrosidad que justifique el agravante cuando una organización utiliza los medios que hemos explorado anteriormente? Tal vez en un primer momento esto pudiera parecer irrelevante, pero el legislador ha considerado que estas herramientas aumentan el nivel de peligrosidad y de inseguridad generada por la organización; por ello pasa a convertirse en una macro organización. Por macro no debemos entender un tamaño en un sentido burdo, sino el nivel de desestabilización que se ve notoriamente incrementado.

Desde nuestro punto de vista el legislador español ha sido muy hábil al determinar que el uso de esos artefactos sea agravante, de tal suerte que como en la actualidad ninguna organización puede operar sin medios de comunicación ni de transporte, entonces todas las organizaciones habrán de reputarse como macro organizaciones lo cual representa un incremento desmedido del punitivismo, mismo que consideramos rechazable.

⁷³² En el mismo sentido en cuanto a la utilización del coche bomba como instrumento existe la resolución 64/ 2009 de 19 de octubre. TERRORISMO: Delitos de estragos o de incendios perteneciendo o colaborando con bandas armadas: existencia: integrante de comando de ETA que tras sustraer un vehículo coloca una bomba en su maletero para la comisión de un atentado en el aparcamiento público del aeropuerto de Málaga; Cometer alguna infracción para subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública perteneciendo a grupos terroristas: existencia: robo de turismo con la finalidad de preparar un coche bomba para atentar con él; Falsedad en documento oficial: sustituir las placas de matrícula originales de vehículo para cometer con el mismo un atentado.

Por medio de la reforma al Código penal y la introducción del artículo 571, el Estado español ha dado un paso firme en su política criminal antiterrorista. La novedosa redacción del tipo criminaliza la conformación objetiva de la organización terrorista. Los elementos que contiene el artículo en comento se encuentran separados en cuatro títulos de imputación consistentes en promover, constituir, organizar o dirigir. De esta manera el legislador ha abierto una ventana de gran interés para la definición de tales acciones. Será trabajo de la doctrina y la jurisprudencia establecer los extremos de los que se compone cada una de las cuatro conductas.

En ese sentido, promover ha de ser entendido como un acto preparatorio autónomamente incriminado. Constituir ha de orientarse hacia dotar de cuerpo a la estructura. Ambas conductas han sido englobadas en una subcategoría que hemos denominado actos fundacionales. Los dos títulos de imputación contienen dicho elemento comunicativo que va orientado hacia el primer nivel conformativo de la estructura criminal. Desde el prisma temporal promover y constituir forman parte de una etapa anterior a la existencia de la organización.

Posteriormente tendrán relevancia, una vez conformada la estructura, las acciones de organizar o dirigir. La primera se refiere a la distribución de roles mientras que la segunda puede llegar a intervenir en dicha designación así como realizar cambios desde la esfera de mayor importancia para el injusto. La acción de organizar tiene que ver fundamentalmente con funciones de asignación de tareas mientras que dirigir es un grado de naturaleza ejecutiva y máximo liderazgo. Evidentemente estos dos modelos de imputación sólo tendrán cabida una vez constituida la organización. No es posible organizar o dirigir la nada.

Volviendo a las cuatro conductas en conjunto, el legislador ha considerado que todas tienen el mismo peso a nivel de imputación. No ha distinguido entre los distintos grados de desestabilización que puede generar cada una de ellas. De esta manera se ha librado de la delicada tarea de brindar una valorización diferente para cada conducta. Sin embargo, consideramos que a nivel de culpabilidad sí debe de existir una importante distinción porque el grado de comunicación antisocial es diferente. Las cuatro acciones poseen una carga desestabilizadora muy importante pero aun así hay que establecer distinciones.

En otro sentido, el tipo del 571 ha incorporado una categoría nueva que hemos denominado macro organizaciones. El fundamento de su punición es el marcado sentido desestabilizador que producen en razón al incremento del su potencial lesivo. No la nueva figura adolece de defectos en cuanto a los extremos que la componen a tal grado que puede llegar a vulnerar el principio de legalidad. El legislador en un afán por abarcar todo ha establecido una serie de elementos objetivos que no otorgan la mejor protección al ciudadano ni demuestran un técnica legislativa pulcra. Por el contrario, se ha disparado una maximización de elementos multicolores alrededor de los tipos maximizados.

Volviendo al tema legislativo, al incorporarse el injusto conformativo en el 571 se ha empleado la técnica de la remisión legal. Ello debido a que hay que explicar qué se entiende por organización y grupo criminal por lo que hay que atender sendas

definiciones que se encuentra en otro artículo. El proceder del legislador no ha sido el más adecuado en este sentido.

Finalmente resta por decir que los cuatro modelos de imputación implican un importante cambio de paradigma en materia de combate a esta clase de injustos y son el reconocimiento de mayor envergadura sobre la necesidad de un derecho penal de combate especializado a focos de peligro. La democracia y la protección del ciudadano son los valores esenciales que inspiraron al legislador español para la creación del 571 vigente ello de conformidad a la exposición de motivos de la reforma.

CAPÍTULO IV
BIEN JURÍDICO

I.- Contenido material del injusto

El bien jurídico es un concepto trascendente dentro de la dogmática cuya existencia está condicionada a la del ordenamiento penal⁷³³. Lo problemático del tema radica en que la doctrina no se ha pronunciado de manera uniforme sobre lo que se entiende por dicha categoría. POLAINO NAVARRETE considera que la temática del bien jurídico no ha quedado superada ni implica que su debate sea pacífico, sino que sigue siendo de actualidad debido a su trascendencia dentro de la ciencia penal⁷³⁴. Lo anterior se debe a su importancia como piedra angular para el análisis dogmático de cualquier figura típica. Ello es debido a que necesariamente conduce a una exploración de los valores que cada sociedad considera como dignos de la máxima protección posible. Dichos bienes e intereses, sin ningún problema, pueden ser calificados de intangibles⁷³⁵.

Desde la perspectiva de BARBERO SANTOS, la substancia y la razón de existir del ordenamiento penal es la protección de bienes jurídicos, siendo éstos el núcleo ontológico sin el cual carecería de sentido el sistema mismo en cuanto a su existencia⁷³⁶.

El concepto de bien jurídico se antoja asequible al entendimiento lógico comprendiéndose como aquello que ha de ser protegido a través de la norma penal. Sin embargo, desde la perspectiva dogmática, el bien jurídico se encuentra inmerso en una nebulosa conceptual que es necesario, por lo menos, abordar superficialmente en la presente investigación. No obstante se reconoce anticipadamente lo inabarcable del tema.

El bien jurídico es el eje sobre el que giran todos los elementos que configuran el tipo penal. Sin la concepción del bien jurídico simplemente no puede comprenderse la existencia del Derecho penal como una herramienta útil para la vida social de los sujetos en Derecho.

Dicha categoría dogmática tiene una relación directa con el trabajo legislativo que corresponde a cada sistema jurídico. El trabajo consistirá en evaluar aquello que se considera esencial para la vida según cada sociedad. La labor emprendida por el legislador refleja la dimensión valorativa del Derecho penal consistente en un proceso selectivo conforme al que se habrán de determinar qué bienes y valores merecen la máxima protección por parte del Derecho⁷³⁷.

⁷³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974, pág. 22.

⁷³⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 23. En el mismo sentido JAKOBS al manifestar que: “*El rendimiento positivo de los esfuerzos por conseguir un concepto de bien jurídico es escaso*” (cursivas añadidas) Vid. Günther JAKOBS, *Derecho penal parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 2ª. edic., Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 55.

⁷³⁵ SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁZER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, op. cit., pág. 659.

⁷³⁶ BARBERO SANTOS, Marino, *Estudios de criminología y Derecho penal*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972, pág. 10, citado por Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 22.

⁷³⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 30.

El proceso habrá de consistir en una distinción cuidadosa y pormenorizada que permita excluir aquellas entidades que no merezcan la máxima protección por parte del aparato normativo. Además de la selección, la defensa que se deberá estructurar no será erigida frente a cualquier clase de ataques, sino sólo frente a aquellos de mayor gravedad para el bien jurídico seleccionado⁷³⁸. En este sentido adquiere vigencia el principio de insignificancia, según el cual las lesiones a bienes jurídicos que sean consideradas como nimiedades por su intrascendencia social no serán objeto de incriminación por el Derecho penal. De la misma manera las conductas que sean consideradas como socialmente inmorales no podrán ser protegidas a través de las entidades denominadas como bienes jurídicos⁷³⁹.

Una correcta y moderada política criminal habrá de orientarse hacia una intervención estatal mínima. De esta manera la máxima protección de la sociedad a través del bien jurídico encontrará justificación en la defensa de aquellos bienes y valores fundamentales para el sistema social. La selección protege las condiciones fundamentales de la convivencia humana⁷⁴⁰. Por el contrario, una súperselección de bienes jurídicos dificultará el desarrollo libre de la sociedad democrática.

En este sentido, el legislador penal al encontrarse con un valor digno de protección, le reconoce normativamente por la importancia que le otorga⁷⁴¹ dotando de la máxima protección jurídica a aquellos entes que representan la mayor importancia para la persona y la sociedad. Existe un proceso óptico de valoración al momento en que se lleva a cabo la ponderación precisamente sobre aquello que se busca tutelar abriéndose un camino para el legislador que comienza en el ente y finaliza en el tipo que ya contiene en sí el bien jurídico a proteger⁷⁴². El proceso citado, naturalmente, dependerá de las circunstancias de espacio y tiempo conforme a las que se llevan a cabo la evaluación normativa del bien que se estime digno de la máxima protección jurídica.

El bien jurídico ha sido explorado desde múltiples concepciones; por ello, nos vemos en la imperiosa necesidad de revisar, por lo menos a modo de aproximación, aquellas configuraciones que tienen afinidad dentro del debate penal contemporáneo. Para ello seguiremos la metodología empleada por POLAINO NAVARRETE para poder depurar la categoría conceptual y dogmática del bien jurídico.

A) Bien

ARISTÓTELES ya consideraba que el bien es complejo en cuanto a su determinación -desde un punto de vista como categoría moral- pero que todas las ciencias y artes se han de orientar hacia él⁷⁴³.

⁷³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 30.

⁷³⁹ VON HIRSCH, Andrew, "El concepto de bien jurídico y el principio del daño", traducción de Rafael ALCÁ CER GUIRAO, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación el Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edic. española a cargo de Rafael ALCÁ CER / María MARTÍN / Íñigo ORTIZ DE URBINA, Marcial Pons, Barcelona, 2007, pág. 37.

⁷⁴⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, 4ª. edic., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006, pág. 171.

⁷⁴¹ Vid. En este sentido Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, pág. 316.

⁷⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal*, op. cit., págs. 316-317.

⁷⁴³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edic. bilingüe y traducción por María ARAUJO / Julián MARÍAS, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, pág. 7.

Esta categoría en su acepción teleológica puede ser considerada simplemente como algo favorable y útil para la vida humana⁷⁴⁴. Desde el prisma jurídico-penal, ROCCO considera que “(i)ntegra pues, un bien todo lo que en general es susceptible de contribuir al bienestar y perfeccionamiento físico o psíquico de la persona”⁷⁴⁵. Sin embargo, es un error considerar que bien y bien jurídico son idénticos, debido a que el primero se refiere a la entidad que importa un beneficio para el ser humano y el segundo representa el objeto que protege el Derecho penal, no obstante ambos pueden ser armonizados en su estudio, lo que se traduce en que el bien antecede al concepto de bien jurídico⁷⁴⁶. El bien puede entenderse como aquello que satisface las necesidades humanas de manera particular o colectiva, conforme a la perspectiva adoptada por ROCCO⁷⁴⁷. Desde otra óptica VON LISZT hace una distinción crítica hacia BINDING al manifestar que el bien jurídico no es un bien del Derecho, sino un bien de los hombres⁷⁴⁸.

Como demuestra SANZ MORÁN, conforme a los trabajos de JÄGER o SINA, el bien jurídico puede ser identificado como estados o situaciones que son relevantes para el ser humano⁷⁴⁹. Este punto de vista tiene una directa relación con el “bien”, pero carece de suficiente claridad científica, ya que dentro de estado o situación puede entrar todo aquello que reporte cierto beneficio para los participantes en sociedad.

B) Interés

Ya desde la época de VON LISZT, dentro de las reflexiones acerca del bien jurídico, se agregaba un elemento que también actualmente se debe distinguir. Dicho elemento es el interés. Para el citado autor el bien jurídico es simplemente “el interés jurídicamente protegido”⁷⁵⁰. VON LISZT parte de un punto interesante acerca del origen de los intereses, considerando a los bienes jurídicos como intereses vitales que no son creados por el Derecho, sino por la vida, y el Derecho sólo les protege al elevar dicho interés a la categoría de bien jurídico⁷⁵¹. Los intereses vitales nacen de las relaciones de la vida en sociedad⁷⁵².

El bien jurídico ha de tener influencia en aspectos tales como la protección de los intereses del sujeto. Este interés nace de las relaciones de la vida en sociedad⁷⁵³. “Las normas del orden jurídico, mandando y prohibiendo, presentando una determinada

⁷⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 28.

⁷⁴⁵ ROCCO, Arturo, *L oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano-Torino-Roma, 1913, pág. 263. citado por Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 29.

⁷⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 30.

⁷⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 29.

⁷⁴⁸ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 20ª. edic. alemana por Luis JIMÉNEZ DE AZUA y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano SALDAÑA, tomo II, 2ª. edic., Reus, Madrid, 1927, nota al pie 1, pág. 2.

⁷⁴⁹ SANZ MORÁN, Ángel José, “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTS BERENGUER (dir.) / María Luisa CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanza y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pág. 1757.

⁷⁵⁰ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 2.

⁷⁵¹ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 2.

⁷⁵² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 2.

⁷⁵³ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 2.

acción bajo supuestos determinados, son la muralla de defensa de los bienes jurídicos”⁷⁵⁴. “La protección jurídica que presta el orden del Derecho a los intereses de la vida es la protección por las normas. Bien jurídico y norma son, los dos conceptos fundamentales del Derecho”⁷⁵⁵.

Por otra parte, para BINDING la concepción era distinta ya que la observaba desde la construcción dogmática de la norma, concibiendo al bien jurídico como la entidad que es protegida por el ordenamiento normativo, de tal suerte que este tiene la función de garante frente a los ataques o puestas en peligro hacia sí mismo, el bien jurídico es aquello que le interesa salvaguardar al orden jurídico⁷⁵⁶.

BINDING fue el primer representante de la concepción jurídico-positiva pura⁷⁵⁷. Bajo esta noción positivista jacobina (¿?), el Derecho es el creador de todos los entes que lo conforman y no es un mero reconocedor de los mismos como productos sociales. Las nociones de BINDING llegaron a extenderse de tal manera que consideró que la no obediencia del mandato jurídico lesiona directamente el concepto de autoridad, lo que constituye un común denominador lesivo en todos los delitos⁷⁵⁸. Para BINDING, en congruencia con su pensamiento, el bien jurídico es una entidad meramente creada por el legislador. El autor considera al bien jurídico desde una perspectiva absolutamente normativa⁷⁵⁹, dando como resultado una estimación excesivamente formalista. Bajo este orden de ideas se desarrolló un modelo de normas orientadas hacia tres categorías: 1) de producción de resultado no deseado por el ordenamiento 2) tipos de desobediencia de mandato, no tolerando dicha desobediencia por parte del Derecho que causa determinadas circunstancias opuestas a lo que se quiere proteger y 3) tipos de desobediencia pura, que se sancionan sin tener ninguna conexión con resultados objetivos, externos, constatables⁷⁶⁰. A BINDING se atribuye el hecho de haber tomado los planteamientos de BIRNBAUM, pero también de modificarlos en un sentido formal de la creación de bienes jurídicos por parte de la norma⁷⁶¹.

Desde la perspectiva de JESCHECK, el bien jurídico es un producto de la valoración que lleva a cabo el legislador conforme a la teoría de BINDING⁷⁶². La crítica que se le ha hecho a este último y que POLAINO NAVARRETE subraya, no es la excesiva concepción formal, sino el vacío de contenido material que posee la doctrina, elemento que resulta en palabras del profesor español, como una adolescencia insalvable⁷⁶³.

HERTZ por su parte vuelve a traernos a la mesa de debate la cuestión del interés; no tanto en el sentido de exponente de los intereses vitales en sociedad cuanto en el de un concepto racional y autónomo de interés. El bien jurídico habrá de encontrarse

⁷⁵⁴ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 3.

⁷⁵⁵ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 3-4.

⁷⁵⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 108.

⁷⁵⁷ NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008, pág. 9.

⁷⁵⁸ NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 10.

⁷⁵⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 182.

⁷⁶⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 109.

⁷⁶¹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, Ciudad de México, 2005, pág. 284.

⁷⁶² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., págs. 274-245.

⁷⁶³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 113.

permeado de un evidente elemento subjetivo, que se ve reflejado en el interés por la entidad digna de protección, donde lo central para la consideración del delito y la antijuridicidad, serán los bienes individuales del sujeto⁷⁶⁴. Mientras que en un sentido francamente opuesto, lejano a tal apreciación subjetiva, se perfila KESSLER, quien, desde de un enfoque amplio del bien jurídico, plantea que el objeto de protección dependerá de la contemplación objetiva que lleve a cabo el legislador⁷⁶⁵. Esta teoría rechaza tajantemente el hecho de considerar que el bien jurídico es un derecho subjetivo⁷⁶⁶. De esta manera la estructura del bien jurídico habrá de conformarse como un bien perteneciente al Derecho objetivo⁷⁶⁷.

Para DORADO MONTERO, penalista progresista que tuvo influencia directa de los clásicos positivistas italianos, el hombre es mentalidad que habrá de adaptarse al cambiante ritmo y necesidades de la vida en sociedad⁷⁶⁸. El maestro español fue calificado de excesivamente humanista⁷⁶⁹, pero sin duda arrojó una luz importante en un momento crucial del positivismo en España a inicios del siglo XX. Para el autor, la tipificación de los delitos responde a un acto de naturaleza impositiva por parte del Estado⁷⁷⁰. La función del bien jurídico no consiste en la protección de bienes y valores, sino que concibe a los delitos como una categoría impuesta por el poderoso y que están protegidos al ser conminados con la pena⁷⁷¹. De esta manera el Estado es quien determina los intereses válidos, no la sociedad ni la persona en Derecho.

Sobre la relación entre bienes jurídicos e intereses, parte de la doctrina suele equipararlos⁷⁷², pero por otra parte existe otro sector donde se estima que hay una efectiva independencia terminológica y conceptual. El interés tiene vertientes subjetivas y objetivas⁷⁷³.

Para POLAINO NAVARRETE, el interés está compuesto de una naturaleza ecléctica donde será la concepción subjetivo-objetiva la que habrá de entrañar la esencia del vínculo existente entre el sujeto y el bien, conforme a las reflexiones de CARNELUTTI⁷⁷⁴, y que desde nuestro punto de vista deberá ir dirigido siempre hacia la satisfacción de una necesidad humana, adhiriéndonos a la perspectiva de ROCCO. El interés es una motivación hacia una entidad, ya sea una motivación física o psicológica, ya una vinculación mental entre el ente persona y el resto de la mundanidad.

Resulta particularmente interesante la postura de JHERING y la relación entre el concepto de interés dentro de una cosmovisión de lucha, que se fundamenta en la lesión

⁷⁶⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 121.

⁷⁶⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 123.

⁷⁶⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 123.

⁷⁶⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 124.

⁷⁶⁸ MONTERO DORADO, Pedro, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973, págs. 2-3.

⁷⁶⁹ NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, op. cit., pág. 13.

⁷⁷⁰ MONTERO DORADO, Pedro, *Bases para*, op. cit., pág. 15.

⁷⁷¹ MONTERO DORADO, Pedro, *Bases para*, op. cit., pág. 20.

⁷⁷² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 33.

⁷⁷³ En cuanto a la parte subjetiva del interés, se hace la crítica en el sentido de que los momentos anímico-psicológico se alejan la naturaleza objetivo-normativa que corresponde realmente al interés, en Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico*, op. cit., págs.34-35.

⁷⁷⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 36.

o sustracción de este derecho⁷⁷⁵. La concepción anterior pone de manifiesto que la temática de la lesividad en el Derecho y las herramientas para su combate, como forma de protección de los intereses que son fundamentales para el desarrollo de la vida humana, ha sido una preocupación de los doctrinarios. Aunque JHERING orientó su trabajo hacia el universo del Derecho privado, hay razonamientos que nos son de una utilidad sorprendente para la temática que nos encontramos abordando.

Cuando un sujeto se ve agraviado habrá que decidir si reacciona o no ante la lesión, sin embargo, decida lo que decida, existe la necesidad inevitable de afrontar una encrucijada entre el Derecho a la paz o la paz al Derecho⁷⁷⁶. El argumento del que parte JHERING, para la defensa de los intereses, subraya su naturaleza defensiva poniendo como ejemplos la batalla que se libra dentro de un litigio o en una confrontación bélica por invasión de territorio entre dos naciones, resumiendo aquello se defiende con la lucha como la propia persona y el sentimiento del Derecho⁷⁷⁷. En cuanto a la necesidad de defensa de nuestro derecho, el autor lo considera como un deber moral que se fundamenta en el ataque a la conservación de nuestra propia fuerza moral⁷⁷⁸. Esto tiene coincidencia con sus palabras al referir que la fuente originaria del Derecho se encuentra dentro del corazón del hombre⁷⁷⁹. Las tres conferencias pronunciadas por JHERING tituladas “¿es el Derecho una ciencia?”, “la lucha por el Derecho” y “sobre el nacimiento del sentimiento jurídico” simbolizan espacio que encuentra el autor para proclamar su visión del Derecho que debe de ser considerado como un elemento orientado hacia la satisfacción de necesidades, intereses y valores sociales⁷⁸⁰. De esta manera, el interés es un elemento que se encuentra presente en distintos trabajos del autor, lo cual subraya su estimación como un elemento socialmente importante: “Cuanto más estimamos un bien, mayor es nuestro cuidado para conservarlo. La sociedad obra de igual modo cuando se trata de proteger jurídicamente sus condiciones de vida que constituyen los bienes sociales”⁷⁸¹, reconociendo una relación directa entre la gravedad de la pena y el valor del bien que se protege, de tal suerte que a mayor valor sobre el ente que se protege, mayor será la pena y viceversa⁷⁸². En cuanto a la dañosidad sobre la entidad que se protege, JHERING lleva a cabo un interesante análisis entre el valor objetivo que tiene el ente y el aspecto subjetivo aportado por el agresor, como elemento de peligro que representa ante la sociedad el hecho de la inclinación subjetiva del delincuente⁷⁸³.

En este mismo orden de ideas se considera al agresor como un negador de las condiciones esenciales de la persona de tal suerte que no sólo se vulnera, por ejemplo, la propiedad del sujeto pasivo, sino que se atenta contra la propia personalidad del agraviado⁷⁸⁴. La agresión entonces fundamenta el hecho de poder defenderse y tolerarla

⁷⁷⁵ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho del interés en los contratos de posesión*, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA, Heliasta, Buenos Aires, 1974, pág. 20.

⁷⁷⁶ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., pág. 22.

⁷⁷⁷ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., págs. 23-24.

⁷⁷⁸ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., pág. 26.

⁷⁷⁹ VON JHERING, Rudolf, *¿Es el Derecho una ciencia?*, traducción de Federico FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Comares, Granada, 2002, pág. 66.

⁷⁸⁰ VON JHERING, Rudolf, *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, edic. de Federico FERNÁNDEZ-CREHUET, Madrid, Mínima Trotta, 2008, págs. 16-17.

⁷⁸¹ VON JHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1978, pág. 236.

⁷⁸² VON JHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, op. cit., pág. 236.

⁷⁸³ VON JHERING, Rudolf, *El fin en el Derecho*, op. cit., pág. 236.

⁷⁸⁴ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., pág. 27.

se convierte en una injusticia inaceptable⁷⁸⁵. Existe por ello una importante relación entre las concepciones de *bien* y *disfrute* personal en la teoría de JHERING, resultando que en el Derecho radicaré la idea de satisfacción de intereses y estos serán la génesis de la creación del Derecho⁷⁸⁶.

El bien jurídico requiere indudablemente de una consideración valorativa y político-criminal del legislador para que pueda ser reconocido y ponderado como tal en la norma. Ello dependerá del sistema social de valores en particular y de la concepción de la libertad y la justicia y la necesidad de intervención del sistema penal. Por ejemplo, el legislador español no ha considerado ciertos bienes jurídicos agrícolas pertenecientes a los usos y costumbres indígenas como válidos por el simple hecho que en España no hay indígenas. Para POLAINO NAVARRETE, “el interés no consiste, pues, sin más en lo que la persona considera apto, idóneo o adecuado para la satisfacción de una necesidad humana (ya individual, ya de la sociedad), sino, antes bien, precisamente en lo que por su caracterizadora cualidad o aptitud objetiva para satisfacer una necesidad tiene que ser garantizado por el legislador”⁷⁸⁷.

De lo anterior se desprende que el concepto de interés tiene que ser contemplado desde la perspectiva del legislador y no desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito. El legislador además, realiza una actividad social interesante, que consiste en materializar aquellas entidades sobre las que han de descansar las expectativas normativas. En este sentido emite un mensaje comunicativo de reconocimiento. El interés que demuestra la sociedad sobre la permanencia de ciertas expectativas se materializa por medio de la protección a bienes jurídicos en la norma. El ciudadano tiene la esperanza depositada en que los bienes jurídicos que posee la Sociedad y el Derecho reconoce no sean impunemente vulnerados.

C) Objeto

Un concepto más que añadir al presente estudio que también genera confusión es el de objeto. El objeto parece ser todo ente que existe física o idealmente. El objeto es una referencia a un ser. La cuestión es si el objeto posee en sí utilidad para la dogmática penal. El objeto resulta ser aquel ente que está ponderado como importante para el ser humano y el Derecho⁷⁸⁸.

Del concepto de objeto se desprende la categoría de objeto de acción como sinónimo de objeto material. Como es conocido ampliamente por la doctrina, el objeto en comento es aquel bien mueble o inmueble sobre el cual recae la conducta del agente.

Para POLAINO NAVARRETE, “(e)l objeto de acción, u objeto material, está constituido por el ser animado o inanimado -persona o cosa (animal)- sobre que se realiza el movimiento corporal del autor que lleva a efecto una conducta típica en el círculo de los delitos a cuya descripción pertenece un resultado tangible”⁷⁸⁹. La categoría de objeto material es ejemplificada por JESCHECK así: “El objeto material puede aparecer de diferentes formas: como unidad psíquico –corporal (cuerpo o vida de

⁷⁸⁵ VON JHERING, Rudolf, *La lucha por el Derecho*, op. cit., pág. 27.

⁷⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 121.

⁷⁸⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 35.

⁷⁸⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 37.

⁷⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., págs. 38-39.

una persona), como valor social (fama o crédito del injuriado⁷⁹⁰), como valor económico (patrimonio), como cosa (pieza de caza) o como una situación real (utilidad de un objeto)”⁷⁹¹.

Desde nuestra perspectiva, el maestro alemán no es claro en cuanto a la diferenciación en los ejemplos citados anteriormente ya que resulta llamativo encontrar un objeto material, que se modifica en el mundo fenomenológico, por ejemplo en el delito de injurias. También resulta confuso que se estime la vida de una persona o su patrimonio como clases de objeto material, cuando desde nuestra perspectiva, precisamente es el cuerpo de la persona el objeto de acción y la vida el bien jurídico tutelado. De igual manera, en los delitos patrimoniales es el patrimonio el bien jurídico y el bien mueble, inmueble o semoviente, el objeto material, es decir, el ente sobre el cual recae la conducta del sujeto activo.

El objeto de acción implicará necesariamente una entidad corporal y en consecuencia tangible⁷⁹². El objeto material -como su propio nombre lo indica- pertenece únicamente a aquellos delitos que implican una modificación en el mundo fenomenológico y que resultan apreciables por medio de los sentidos. Esa es la razón de ser y la utilidad del objeto material.

Pasando a otra temática, no podemos dejar de analizar el concepto de objeto jurídico, también denominado de tutela o protección. El objeto de tutela se refiere directamente al concepto de bien jurídico mismo que es común a todas las infracciones penales. El bien jurídico es la entidad que justifica la existencia de los tipos penales⁷⁹³. En sencillas palabras de MIR PUIG objeto y bien jurídico son equivalentes⁷⁹⁴.

Como se ha constatado hasta ahora, del concepto de objeto de desprenden varias categorías que representan una importante complejidad en cuanto a la precisión del concepto de bien jurídico. Para concluir el tema relativo al objeto, analizaremos el concepto de objeto de ataque, cuya definición y estudio tampoco se encuentra agotado en la doctrina.

El objeto de ataque para POLAINO NAVARRETE es susceptible de ser abordado desde dos perspectivas: desde la perspectiva del legislador, conforme a la que resulta ser el objeto de protección, es decir, el bien jurídico, y desde la óptica del autor, que se orienta hacia aquello que ha de vulnerar por medio del despliegue de la conducta antijurídica⁷⁹⁵. Como objeto de ataque también se ha llegado a considerar al propio ordenamiento jurídico.

⁷⁹⁰ POLAINO NAVARRETE, construye el siguiente análisis mismo que consideramos oportunísimo transcribir “En aquellos otros supuestos típicos en que no se precisa la producción de resultado alguno (v. gr., en la injuria, amenaza, acusación y denuncias falsas...), consumándose el delito con la mera exteriorización de la voluntad del sujeto desprovista de todo correlato de índole sustancial externamente perceptible, el objeto de acción, sobre ser inexistente, resulta de todo punto innecesario, al agotarse la acción e la misma manifestación voluntaria sin precisar ninguna situación o realidad sobre la que se materialice fácticamente” POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal* op. cit., pág. 42.

⁷⁹¹ JESCHECK, Hans- Heinrich, WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 278.

⁷⁹² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 89.

⁷⁹³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 53.

⁷⁹⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 225.

⁷⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., págs. 58-59.

Modernamente la dañosidad generada por la conducta criminal no puede disociar al bien jurídico del concepto de vigencia de la norma, categorías que resultan complementarias en cuanto al estudio dogmático y normativista del delito.

JAKOBS ha sido especialmente crítico frente la teoría del bien jurídico. Para el profesor alemán resulta un absurdo establecer que la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, cuando en realidad no lo hace debido a que cuando el Derecho penal hace su aparición ya ha sido destruido o puesto en peligro el objeto de protección. Estas son las palabras de JAKOBS: “(1)a pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma. Un quebrantamiento de la norma, a su vez, no es un suceso natural entre seres humanos, sino un proceso de comunicación, de expresión de sentido entre personas”⁷⁹⁶. La identidad normativa de la sociedad es lo verdaderamente trascendente.

Para POLAINO NAVARRETE, a diferencia de JAKOBS, la teoría del bien jurídico y la de protección a la vigencia de la norma, pueden y deben armonizarse perfectamente considerando que el Derecho tendrá una primera función consistente en la tutela de bienes jurídicos y una segunda relativa a la protección de la vigencia de la norma, de tal suerte que ambas se acoplan estructuralmente⁷⁹⁷.

En resumen: existen dos posturas claramente definidas. Una incumbe a JAKOBS conforme a la cual la misión de la pena es la protección del sistema normativo, y otra a POLAINO NAVARRETE, en el sentido que la existencia de la pena como elemento para el mantenimiento de las expectativas depositadas en la norma, no excluye la función que el Derecho penal también tiene como protector de bienes jurídicos.

Por lo que respecta a la conceptualización de bien jurídico, han corrido ríos de tinta acerca del tema, y de la misma manera, prácticamente cada autor que se ha interesado por el tema ha agregado o suprimido algún elemento a otra definición precedente. Para los fines de este trabajo nos suscribimos a la idea de POLAINO NAVARRETE, acerca de la temática en comento como aquellos bienes y valores que la sociedad estima de la máxima importancia y dignos de la más alta protección penal⁷⁹⁸.

II.- Contenido material del injusto en el delito de organización terrorista

A) Primera regulación del terrorismo

Desde que el legislador ha sopesado que la expectativa que se encuentra en el núcleo normativo del delito de terrorismo requiere de la máxima protección a través de la ley penal, se han discutido ampliamente los alcances de dicho espectro de protección.

El debate habrá de ser manejado con sumo cuidado respecto de sus limitantes, debido a que la problemática ha tenido un profundo desarrollo a través de la historia de la España contemporánea. Si el tema que nos disponemos a explorar ahora, no es manejado con claridad en cuanto a sus delimitaciones, se corre el riesgo de convertir

⁷⁹⁶ JAKOBS, Günter, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 11.

⁷⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, págs. 145-146.

⁷⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico*, op. cit., pág. 270.

nuestra investigación en una exploración de tipo histórica. Tomando estas breves consideraciones en cuenta, hemos de comenzar nuestro tema.

Conforme a GARCÍA SAN PEDRO, será en el Código de 1944 cuando por primera vez se incluya el concepto de terrorismo dentro de la codificación, aunque ya existieran importantes avances en dicha materia durante la vigencia de la legislación anterior⁷⁹⁹. El cuerpo normativo no es propiamente nuevo, sino una forma renovada o actualizada de la legislación precedente⁸⁰⁰. En el artículo 260 del CP de 1944 se contempla el tipo de terrorismo cuyos objetos de tutela son la seguridad del Estado o el orden público⁸⁰¹. La inserción no significa que en España fuese la primera vez en la historia que el injusto terrorista fue considerado como punible, pero sí fue la primera ocasión en que se incorporó a la codificación penal dentro del marco de la adaptación proveniente de la normativa de 1870 y 1928⁸⁰².

CUELLO CALÓN califica como constitutivos de terrorismo los hechos que vulneran la seguridad de Estado o el orden público⁸⁰³. En otro sentido SÁNCHEZ-TEJERINA estima que, además del orden público y la seguridad del Estado, el terrorismo va encaminado hacia generar una afectación en la seguridad interior del Estado⁸⁰⁴. La cuestión es que existen dos categorías dentro de la doctrina, que son, la seguridad del Estado y la seguridad interior del mismo, diferenciación que es ociosa actualmente.

Con independencia de las dificultades que pueden conllevar el tratar de determinar en qué consiste tanto el orden público como la seguridad del Estado, nos sumamos a la opinión de LAMARCA PÉREZ en el sentido que lo más destacado es que el CP de 1944 tuvo la virtud de incorporar por primera vez la regulación de varias figuras de terrorismo⁸⁰⁵.

Con posterioridad a la regulación de la conducta terrorista en el Código de 1944, se llevó a cabo una modificación a los delitos por medio del llamado decreto-ley de 1947. Bajo esta norma habrán de sancionarse sólo las formas más graves de bandolerismo y terrorismo⁸⁰⁶. Para el decreto ley la finalidad que habrá de perseguir el terrorismo consiste en alterar la seguridad pública⁸⁰⁷.

⁷⁹⁹ GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo: aspectos*, op. cit., pág. 195. En el mismo sentido Carmen LAMARCA PÉREZ, *Tratamiento*, op. cit., págs. 132-133.

⁸⁰⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Códigos penales españoles, 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988, pág. 1181.

⁸⁰¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Códigos penales españoles*, op. cit., pág. 1258.

⁸⁰² A) Inserción de las disposiciones posteriores a 1870, establecidas o aceptadas por el Nuevo Estado que no alteren la armonía científica del Código, como son algunos preceptos del de 1870, mayor número de ellos correspondientes al de 1928, las Leyes de Seguridad de Estado, Terrorismo y robo a mano armada (...)” en *CP de 1944*, preámbulo pág. 6. La disposición sobre terrorismo proviene de la Ley sobre terrorismo y robo a mano armada de 11 de octubre de de 1934 declarada en vigor por Ley de 5 de julio de 1938, en Federico CASTEJÓN, “Génesis y breve comentario del CP de 23 de diciembre de 1944”, publicado en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Reus, Madrid, febrero-octubre 1946, pág. 66.

⁸⁰³ CUELLO CALÓN, Eugenio, *CP y leyes penales especiales*, Bosch, Barcelona, 1950, págs. 264-265.

⁸⁰⁴ SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español. Obra ajustada al CP, texto refundido de 1944 con todas las modificaciones introducidas*, tomo II, parte especial, 5ª. edic., Madrid, 1950, pág. 105.

⁸⁰⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 138.

⁸⁰⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 139.

⁸⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 141.

De la misma manera, en el año de 1959 se publica en el B.O.E. la llamada Ley de orden público, en la que se establece el núcleo esencial del objeto de protección de la conducta terrorista en su artículo primero, fundamento que consiste en que “el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los Derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes, constituyen el fundamento del orden público”⁸⁰⁸. En el artículo segundo se consideran actos que atentan contra el orden público entre otros:

- a) Los que perturben o intenten perturbar el ejercicio de los Derechos reconocidos en el Fuero de los Españoles y demás Leyes Fundamentales de la Nación, o que atenten a la unidad espiritual, nacional, política y social de España
- b) Los que alteren o intenten alterar la seguridad pública, el normal funcionamiento de los servicios públicos y la regularidad de los abastecimientos o de los precios prevaleciéndose abusivamente de las circunstancias

Es importante mencionar que aquellas personas que realicen acciones u omisiones que atenten contra el orden público serán sometidas a la jurisdicción militar⁸⁰⁹, conforme a la disposición transitoria 2º de la Ley en comento. Aunque la normativa en un principio supuso lo que la literatura ha denominado “administrativización de la represión”, al final del día no logró liberar a las conductas de un férreo control militar, determinación que venía desde las más altas cúpulas del gobierno y en consecuencia el orden público continuó bajo la tutela militar⁸¹⁰.

B) Asociación ilícita

Bajo la normativa del código de 1944 por lo que respecta a los delitos de asociación, éstos se encontraban regulados dentro de las conductas comprendidas como el “abuso en el derecho de asociación”, según lo considera MAÑAS, quien es citado por GARCÍA-PABLOS⁸¹¹. Dicha postura asimismo es aceptada por gran parte de la doctrina española aunque sea minoritaria en el extranjero⁸¹². La redacción del artículo es la siguiente:

Artículo 172: “Se reputan asociaciones ilícitas: 1. Las que por su objeto o circunstancia sean contrarias a la moral pública. 2. Las que tengan por objeto cometer algún delito. 3. Las prohibidas por la autoridad competente. 4. Las que se constituyeren sin haber cumplido los requisitos o trámites exigidos por la ley”.

El siguiente precepto establece taxativamente las siguientes especies de asociaciones ilícitas:

⁸⁰⁸ *Ley de orden público*, Boletín Oficial del Estado, edic. a cargo de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1959, pág. 14.

⁸⁰⁹ *Ley de orden público*, op. cit., nota al pie (1), pág. 14.

⁸¹⁰ BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, pág. 421.

⁸¹¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 124.

⁸¹² *Vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs.125-126.

Artículo 173: “Se comprenden en el artículo anterior: 1. Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional. 2. Los grupos o asociaciones, constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad de la nación española o para promover o difundir actividades separatistas (...) 3. Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso. 4. Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fuesen (...)”.

La importancia del derecho de asociación posee implicaciones antropológicas, bajo las cuales, no fue necesaria su regulación para que existiera; ya que la existencia de asociaciones en su génesis, se remonta a la aparición de las primeras poblaciones humanas⁸¹³. El hombre como ser social, tiende naturalmente a la agrupación, a la vinculación con otros semejantes. A pesar de esta circunstancia que es reconocida desde ARISTÓTELES, y de la importancia de la libertad de asociación, autores como SÁNCHEZ-TEJERINA, consideraban, por su alineación hacia el régimen de la época, que, asociaciones de hombres libres como la masonería representaban un elevado nivel de peligrosidad por su secretismo y ausencia de patriotismo⁸¹⁴.

Desde la perspectiva dogmática, es de resaltar la manera en la que en el artículo 172 se emplea el concepto de *moral pública* misma que ha de ser entendida como “la conformidad del hombre con las leyes naturales y positivas”⁸¹⁵, lo cual no aporta una idea concreta científicamente, e implica una vaguedad que vulnera el principio de legalidad penal. El precepto en comento demuestra la naturaleza del régimen político por el que atravesaba España en esa época.

La norma que consideraba ilícita a la asociación cuando vulneraba el orden público obedecía a la necesidad de combate en contra de comunidades normativas de obreros radicales aunque posteriormente dicho criterio se extendió hacia otros extremos de mayor amplitud⁸¹⁶.

Retomando el ejemplo de la masonería como asociación reprimida por la dictadura, TUSQUETS estima que la institución desgarró países católicos y ha sido encargada de impulsar movimientos de cambio y revolución a lo largo de su historia⁸¹⁷. Esta clase de discursos naturalmente sirvieron de motivo para que la dictadura estigmatizara a dicha institución a tal grado de promover la Ley 2/1940 denominada *Ley de represión de la masonería y el comunismo*, cuerpo normativo que fundamenta la represión de ambas ideologías con el argumento de lesión hacia la patria en su grandeza y bienestar⁸¹⁸. La norma es un reflejo de la ideología anti-asociativa que permeó durante la dictadura en España.

⁸¹³ SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 49.

⁸¹⁴ SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español*, op. cit., pág. 49.

⁸¹⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio, *CP y leyes penales especiales*, op. cit., pág. 196.

⁸¹⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., 1982.

⁸¹⁷ TUSQUETS, Juan, *Masonería y separatismo*, Ediciones Antisectarias, Burgos, 1937, pág. 20.

⁸¹⁸ MORALES RUIZ, Juan José, *La publicación de la Ley de represión de la masonería en la España de la posguerra (1940)*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1992, pág. 305.

De especial interés resulta ser la Sentencia de 16 de septiembre de 1941, emitida por el Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo, sumario número 86, en la cual el procesado Luis JIMÉNEZ DE ASÚA fue sentenciado a treinta años de reclusión mayor e inhabilitación absoluta extensiva a múltiples cargos, debido a que el mismo -de los más grandes penalistas de toda la historia, que llevó gran parte de la doctrina de Derecho penal de España y Alemania a América Latina- pertenecía a la logia Dantón y ostentaba el grado 3º bajo la categoría de maestro masón⁸¹⁹.

La situación demuestra que bajo el argumento de un abuso en el derecho de asociación o de vulnerar categorías tan abstractas como la moral, el orden social, el sano sentimiento del pueblo etc., quedaba autorizada la persecución institucionalizada. En este contexto el Derecho penal se aleja de la misión de proteger bienes jurídicos. El ordenamiento es utilizado para señalar y violentar las mismas entidades que debería proteger, cayendo de esta manera en terribles contradicciones sistémicas y ontológicas por cuanto respecta a los fines para los que se ha creado el propio ordenamiento.

El régimen se caracterizó por la persecución de sociedades secretas⁸²⁰. Esta actitud, si bien es cierto que se vio acentuada por una fijación casi obsesiva por parte de Franco, tiene una importante tradición dentro de la legislación española decimonónica.

En particular el Código de 1848 se caracterizó por la criminalización de las sociedades secretas que fueron identificadas como las que utilizaban cifras, jeroglíficos y otros signos misteriosos e incluso la doctrina hace referencias a ceremonias de naturaleza iniciática que rayan entre la mitología y el esoterismo histórico⁸²¹. La criminalización de las asociaciones tiene raíces añejas en el sistema penal español.

En síntesis, como lo afirma GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la normativa del Código de 1944 se centró en la defensa del Estado y el orden público como eje central de su política criminal que se traduce en una importante anticipación de las barreras de punición⁸²². Esta cuestión será tratada en un momento posterior debido a la importancia que representa para nuestra investigación. No debe ser tomada como una concepción absoluta, sino que el adelantamiento de barreras habrá de ser considerado sólo para casos excepcionales y con límites dogmáticos y respeto a los Derechos humanos. La ponderación de tal situación no es posible de llevar a cabo en una dictadura debido a que no existen las suficientes condiciones de juridicidad, en comparación a un moderno Estado democrático como por el que atraviesa la España del siglo XXI.

1. Leyes 42/1971 y 44/1971

En el año de 1971 se modifica una vez más la legislación antiterrorista a través de las Leyes 42/71 y 44/71. Conforme a la publicación en el BOE de fecha 16 de noviembre de 1971 relativa a la Ley 42/71, el Estado ha de ser protegido en sus esferas de unidad, integridad territorial, orden institucional y seguridad, (elementos que

⁸¹⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo. El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Comares, Granada, 2009, págs. 223-224.

⁸²⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 42.

⁸²¹ PACHECO, Francisco Joaquín, *El CP. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000, pág. 719.

⁸²² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 42.

podríamos considerar como los bienes jurídicos que se buscan tutelar a través de la reforma) ante los posibles ataques de un terrorismo ya no episódico sino provenientes de organizaciones o grupos, encomendando su atención al fuero militar⁸²³. Otra consecuencia derivada de la Ley 42/71 es que se otorga al fuero militar la facultad de resolver los conflictos en materia de competencia que se pudieran presentar si entrasen en conflicto el fuero común y el castrense en materia de terrorismo⁸²⁴. También son incorporados al texto del Código de Justicia Militar diversos artículos dirigidos a sancionar el terrorismo cuando vulneren la paz pública a través de diversas modalidades de acción⁸²⁵.

Por su parte, la Ley 44/ 71, se sustenta en razones de técnica legislativa por medio de las cuales se busca eliminar las leyes especiales en materia de terrorismo para concentrar su punición a través del CP, de tal suerte que el CP resultará aplicable para actos de terrorismo individual o por agrupaciones no organizadas y carentes de estabilidad⁸²⁶. De esta manera los militares habrán de conocer de los delitos de terrorismo que sean cometidos a través de una organización terrorista, es decir, que para el legislador existe un mayor poder desestabilizador por parte del terrorismo organizativo, de tal suerte que la milicia participará activamente para encargarse de dichas cuestiones. De esta forma en el año de 1971 se crean dos categorías distintas de imputación, la de organización y la de terrorismo no organizado, conforme a los elementos que integran la estructura criminal formal.

2.- *Democracia ¿qué sucede con el objeto de protección?*

En el año de 1976 entra en vigor una nueva normativa, planteando una importante problemática sobre los bienes jurídicos que habrán de tutelarse en materia de asociaciones ilícitas. El CP determinaba “Capítulo II. De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los Derechos de la persona reconocidos por las leyes” y “Sección primera. Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los Derechos reconocidos por las Leyes”⁸²⁷. Esto refleja que el derecho de asociación adquiere una protección de rango constitucional. Este derecho como todos, habrá de tener un límite en cuanto a su ejercicio⁸²⁸. Los derechos, en cuanto a su ejercicio, no puede ser considerados como entidades absolutas.

⁸²³ B.O.E., 16 de noviembre de 1971, núm. 274, pág. 18414. Esto se debe a “la necesidad de una acción rápida y ejemplar (...)”, en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 64.

⁸²⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 64.

⁸²⁵ B.O.E., 16 de noviembre de 1971, núm. 274, pág. 18414.

⁸²⁶ B.O.E., 16 de noviembre de 1971, núm. 274, pág.18416.

⁸²⁷ COBO DEL ROSAL, M., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Libros II y III”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO / Manuel BAJO FERNÁNDEZ / Manuel COBO DEL ROSAL / Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *CP con jurisprudencias. Texto refundido de 1973, con reformas de 28 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976*, Civitas, Madrid, 1976, pág. 212.

⁸²⁸ A la cuestión planteada por la doctrina en el sentido de definir lo qué es el abuso en el ejercicio de un Derecho “La contestación debe de abordarse, inicialmente desde la perspectiva de definir lo que no es abuso y, en tal sentido, hay que considerar no abusiva la conducta del titular de un Derecho cuando el Derecho positivo ha previsto esa conducta y sus efectos compensatorios para el sujeto pasivo. Cuando, sin embargo, faltan los dos o el primero de esos condicionantes puede darse el abuso de Derecho si además, concurren los restantes requisitos para ello”, en Rafael IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del trabajo*, Tesis doctoral, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989, pág. 30.

A través del mencionado derecho no se buscan proteger los fines para los que se crea una asociación de personas, sino que se tutela la libertad para precisamente poder asociarse, la libertad de poder configurar asociaciones y que éstas puedan operar bajo un esquema de libertad⁸²⁹.

La ley penal conforme a la normativa vigente en 1976 regulaba *el recto ejercicio del Derecho de asociación, como objeto específico de protección penal* sancionando el ejercicio abusivo del mismo o su ilicitud⁸³⁰. Este ejercicio se compone de una parte subjetiva y otra objetiva; es en esta última en la que la transgresión de la norma resulta relevante y servirá para evaluar, a su vez, el elemento interior que animó al sujeto a llevar a cabo la conducta⁸³¹.

Para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la teoría referente a que el objeto de tutela en la norma es el derecho de asociación debidamente ejercitado no es acertada y, por el contrario, obscurece en lugar de arrojar luz a la ciencia del Derecho penal, ello porque gira en torno a un razonamiento circular que carece de una explicación satisfactoria sobre el objeto de tutela⁸³². El citado autor continúa exponiendo las razones de su crítica, en el sentido que no se debe confundir “cómo puede lesionarse un bien jurídico y cuál es el bien jurídico lesionado; el modo de ataque al interés tutelado y el objeto de dicho ataque: la doctrina que he calificado como dominante y que no comparto explica sólo lo primero: que a través del ejercicio ilícito del derecho de asociación se pueden lesionar bienes jurídicos, pero no cuáles son éstos”⁸³³. Como se ha mencionado, el Derecho de asociación es inherente al hombre y se ha traducido en múltiples vinculaciones donde ha participado el ser humano, o como lo dirían los estudiosos clásicos del tema: “asociación es la vida entera del hombre”⁸³⁴.

Otro problema radica en definir qué se quiere decir con ese ejercicio abusivo del derecho de asociación que resulta complicado de limitar en sus extremos. La cuestión radica en que quien se agrupa y organiza para cometer ilícitos no abusa del derecho, sino que lo rompe completamente⁸³⁵, porque hablar de abuso quiere decir que todavía se encuentra dentro de los linderos de este. En terminología funcionalista, diríamos que el ejercicio del Derecho de asociación para crear aparatos delictivos, rompe absolutamente con el ejercicio del rol esencial de ciudadano en su esfera asociativa. Además de ello, si fuese sólo un abuso, no sería necesario compensar el déficit de seguridad cognitiva con medios especialmente asegurativos como lo es el Derecho penal del enemigo, situación que es a todas luces imposible.

La literatura que se encarga del estudio de estos modelos de organización, suele considerar que el bien jurídico que se busca proteger es el siempre vaporoso *orden público*, categoría por la que se inclina la doctrina italiana⁸³⁶ y que ha sido tratada por

⁸²⁹ GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, Constitución y Ley. Sobre el contenido constitucional del Derecho de asociación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Tribunal Constitucional, Madrid, 2004, pág. 64.

⁸³⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 123.

⁸³¹ MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del Derecho (exposición, descripción y valoración del mismo)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982, pág. 233.

⁸³² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 126.

⁸³³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 127.

⁸³⁴ PACHECO, Francisco Joaquín, *El CP*, op. cit., pág. 718.

⁸³⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 127.

⁸³⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 132 y ss.

penalistas como RANIERI, para quien el orden público se encuentra orientado, como concepto, hacia la tranquilidad y seguridad públicas⁸³⁷. Sin que sea nuestro propósito entrar a definir el hasta ahora indefinible concepto de orden público, sí es importante mencionar que debido a su especial complejidad, la categoría suele contener en su núcleo esquemas que en lugar de aclarar incrementan la confusión. RANIERI afirma que el interés que protege el Estado a través de la norma correspondiente a los delitos de asociación es el propio interés por el mantenimiento de la tranquilidad y seguridad públicas que habrán de culminar en el desarrollo pacífico y ordenado de la vida social⁸³⁸.

Particularmente la cuestión relativa a los delitos cometidos a través de la asociación radica en la perturbación a la tranquilidad social y la producción de temor en la población⁸³⁹. Ello remite al concepto de alarma social en BENTHAM, por lo que en realidad la inmensa mayoría de los delitos generan perturbaciones en la sociedad y temor gradual en la población, ello porque el delito implica siempre violencia, es decir, una afectación a la esfera de autoadministración de otro sujeto. Para RANIERI, el objeto jurídico habrá de corresponder en definitiva, al interés del Estado por la defensa del orden público ante los ataques de las asociaciones orientadas hacia la comisión de delitos y que generan un sentimiento de preocupación en el pueblo⁸⁴⁰.

Consideramos que la opinión del autor italiano se aleja de la verdadera esfera de afectación al bien jurídico al vincularlo tan estrechamente con cuestiones de tipo subjetivo como el *sentimiento de preocupación* en el pueblo. Dentro del mismo esquema se pronuncia CARRARA en su clasificación de los delitos contra la tranquilidad pública al considera que esta se vulnera cuando hay un número indefinido de ciudadanos en los que se presentan sentimientos de dolor y miedo que posteriormente devienen en agitación⁸⁴¹.

Esto significa que ¿cada uno de los ciudadanos que conforma el “pueblo” deberá de sentirse atemorizado, o que el pueblo en general habrá de encontrarse inmerso en una malva de temor? La cuestión es muy complicada. Opinamos que la afectación a bienes jurídicos debe de traducirse en parámetros objetivos y en caso de dificultad, aproximarse lo más posible a ello. Es peligroso para el principio de legalidad la consideración subjetiva de un sentimentalismo como instrumento para ponderar el grado de lesión o puesta en peligro del objeto de tutela.

Por otra parte, no compartimos la idea que el objeto jurídico sea el *interés del Estado por la defensa del orden público*. La razón es que si se sigue esta línea de pensamiento podríamos llegar a afrontar la situación en la que, si la asociación delinque de manera contundente, el Estado perderá el interés en defender el orden público y por ende de combatir a la agrupación. De esta manera se abriría un camino a la delincuencia para asociarse y alcanzar la impunidad en el futuro. El objeto de tutela ha de ser el orden público como fundamento de la antijuridicidad material del ataque, pero no visto como

⁸³⁷ RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial. De los delitos en particular*, tomo IV, traducción de Jorge GUERRERO, Bogotá, 1974, pág. 199.

⁸³⁸ RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial*, op. cit., págs. 199-200.

⁸³⁹ RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial*, op. cit., págs. 211-212.

⁸⁴⁰ RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial*, op. cit., pág.212.

⁸⁴¹ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho criminal, parte especial*, Vol. VI, traducción de José J ORTEGA TORRES / José GUERRERO, Temis, Bogotá, 1980, pág. 115.

un interés estatal. Esto se debe al alcance tan limitado y confuso del concepto de interés⁸⁴², mismo que se ha señalado en sus principales características anteriormente en la presente investigación.

Sobre esa expansión del concepto de bien jurídico hacia la satisfacción de intereses generales que buscan ser englobados dentro del orden público nos sumamos a la postura de POLAINO NAVARRETE. El autor considera que la concepción del bien jurídico bajo parámetros generales orientados hacia el respeto de fines de justicia y ordenación es una cuestión obvia, evidente, que trasciende del debate por constituir la finalidad del ordenamiento penal en general⁸⁴³. El bien jurídico ha de orientarse hacia una definición provista de la mayor claridad y alejándose de criterios de naturaleza anímica y subjetivista.

Para CARRARA la llamada sociedad criminal ha de ser entendida como un delito de daño universal a *contrario sensu* del delito de resultado particular. En dicha asociación se genera un peligro potencial de daño para los individuos, en particular dando como resultado que aquello que se protege es el derecho que poseen los ciudadanos a que no exista asociación alguna que cuestione, mediante oposición, el orden externo⁸⁴⁴. Este discurso parece provocador debido al tema de la “oposición al orden externo”. El maestro italiano no distingue entre la oposición legítima e ilegítima (a través de la violencia) como lo es en el caso de la asociación para delinquir. Existen oposiciones al Estado que incluso estando organizadas son inocuas para los bienes jurídicamente tutelados.

Siguiendo la doctrina italiana, MAGGIORE en una posición más mesurada, estima que la acción delictiva indudablemente ha de fragmentar la tranquilidad, seguridad y paz pública de forma mediata⁸⁴⁵. Pero atendiendo y distinguiendo las diferentes escalas de gravedad entre los delitos, ya que no se puede equiparar un atentado terrorista con un quebrantamiento de sellos. Se hace una distinción en razón del tiempo que a nuestro juicio es interesante. Existe, por lo tanto, una afectación mediata que es común a todos los delitos, pero también hay ciertos tipos que por sus especiales condiciones generan una afectación inmediata que legitima la concepción de tipos penales que defiendan, precisamente, la paz social o el orden público⁸⁴⁶. Sin embargo, volvemos al mismo tema cuando el penalista italiano considera que la razón por la que se sanciona el hecho conformativo de asociaciones para delinquir es el impedir la comisión de delitos con peligro permanente del orden público⁸⁴⁷.

Para autores como GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la doctrina a pesar de sus importantes esfuerzos y muy loables trabajos de investigación ha quedado superada por lo que respecta a la legislación española y considera que el concepto de orden público no es viable dentro del Derecho penal debido a su amplitud y equivocidad considerando que entonces la afectación al orden público sería el común denominador en todos los delitos, así como tampoco las teorías que lo identifican con la peligrosidad general ni las

⁸⁴² POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 117.

⁸⁴³ POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 117.

⁸⁴⁴ CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho criminal*, traducción de José J ORTEGA TORRES / José GUERRERO, Temis, Bogotá, 1976, págs. 431-432.

⁸⁴⁵ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, Vol. III de los delitos en particular, traducción de José J ORTEGA TORRES, Temis, Bogotá, 1972, pág. 440.

⁸⁴⁶ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, op. cit., pág. 440.

⁸⁴⁷ MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, op. cit., pág. 448.

de corte subjetivista que se nutren con sentimientos de inseguridad etc., en la colectividad⁸⁴⁸.

Continuando con el breve camino histórico que nos encontramos esbozando, será durante el año de 1977 cuando se marca un nuevo periodo en cuanto a la concepción del delito de terrorismo; ello aunado a la constante actividad de grupos delictivos de esta naturaleza en el territorio del País Vasco, dicha problemática será tratada de múltiples maneras para poder dar una respuesta uniforme ante dichos eventos⁸⁴⁹. La abundancia de disposiciones llegará a tal extremo que, en palabras de LAMARCA PÉREZ, “no resulta fácil conocer a ciencia cierta cuál es la normativa aplicable”⁸⁵⁰.

Ya dentro de lo contenido en los Pactos de la Moncloa, el tratamiento del terrorismo se encontraba brevemente abordado dentro de la temática referente al orden público⁸⁵¹. Pero la cuestión no era tan simple en cuanto a su tratamiento y aplicación en 1977 debido que los pactos contemplaban una remisión normativa que generaba complicaciones. Tal remisión se refería a que para su tipificación el terrorismo habría de ser abordado a la luz de criterios generalmente aceptados por las convenciones internacionales occidentales⁸⁵². El tema en cuestión generaba múltiples dificultades en cuanto a la aplicación práctica de las normas. Además también era complejo determinar con claridad los criterios dogmáticos fundamentales como el objeto de protección del tipo.

Sin embargo, dejando a un lado las dificultades sistémicas, los Pactos tuvieron la virtud de iniciar un rompimiento con la legislación antiterrorista vigente y retirar el elemento ideologista que tanto había permeado durante la dictadura⁸⁵³.

Será durante los años de 1976 y 77 cuando el Estado español habrá de esforzarse por llevar a cabo una unificación en materia de combate al terrorismo y de extraer casi la totalidad de las regulaciones del fuero militar para darles jurisdicción en sede civil⁸⁵⁴. Un ejemplo de ello es la ley 3/77 de cuatro de enero. Sin embargo, en materia de bien jurídico no se dijo nada al respecto. Sólo se podía constatar que España buscaba un alejamiento de la antigua postura del terrorismo como un delito político que culminaría con su despenalización como tal, para quedar regulado dentro del seno de los modelos asociativos ilícitos.

En la Ley 82/1978, de 28 de diciembre, que modifica el CP en materia de terrorismo, se sustituye el enunciado “delitos de terrorismo” por “delitos de asesinato, lesiones graves, detención ilegal bajo rescate o imponiendo cualquier otra condición, detención ilegal con simulación de funciones públicas, depósito de armas o municiones, tenencia de explosivos, estragos y delitos conexos con los anteriores, siempre que sean cometidos por personas integradas en grupos organizados y armados”.

⁸⁴⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 139.

⁸⁴⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 158.

⁸⁵⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 159.

⁸⁵¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 162.

⁸⁵² LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 162.

⁸⁵³ GARCÍA SAN PEDRO José, *Terrorismo*, op. cit., pág.220.

⁸⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., págs. 158-159.

Con estas disposiciones se da un paso importante en cuanto a la destipificación del terrorismo como tal. Con la nueva normativa el fenómeno se trasladó al seno de la agrupación organizada y armada como estructura ideal para la comisión de ciertos delitos sancionados de manera contundente. Bajo estas nuevas pautas, el objeto de protección sí resulta alterado y ahora habrá que atender al caso específico del que se trate para determinar cuál es el bien jurídico que resulta lesionado o puesto en peligro. No puede considerarse que si una persona es privada de la vida, se ha de lesionar el mismo bien jurídico que cuando se le priva de la libertad simulando una orden de arresto por parte de la Guardia Civil. Con esta norma culmina el proceso de destipificación formal⁸⁵⁵.

Para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, el esquema tiene varias virtudes al plantear el tema del bien jurídico, concretizarlo, y alejarlo de la abstracción que implica la concepción del orden público como objeto de tutela que justifica la sanción de las asociaciones ilícitas, (aunque otros aspectos de esta técnica de incriminación también son criticados por el propio maestro español)⁸⁵⁶, argumentos que consideramos perfectamente aplicables a los delitos que se comentan a través de una organización de tipo terrorista. Sin embargo, bajo un argumento de Derecho penal del enemigo, el autor español afirma que la consumación del delito de asociación se lleva a cabo no con la realización de los delitos para los que se ha creado, es decir, sin que haya la lesión de los bienes jurídicos que se ha propuesto vulnerar⁸⁵⁷. Por lo tanto, si no se sanciona la ejecución de delitos fin, entonces habrá que castigar la asociación por el mero hecho de su constitución y todas las implicaciones sistémicas que ello conlleva. El autor también hace importantes referencias acerca de la contundencia de la pena⁸⁵⁸, técnica que es característica de las normas de Derecho penal del enemigo.

Desde nuestra perspectiva, el legislador fue defectuosamente radical en esta destipificación, pero parece comprensible debido al ánimo de liberalidad después de muchos años de una España asfixiada por la dictadura.

Para GARCÍA SAN PEDRO, la norma en comento (82/1978) no puede ser considerada de ninguna manera como una norma antiterrorismo porque cae en el absurdo al señalar que, si un grupo comete asesinato o cualquier otra de las conductas mencionadas por el legislador, ya estaría cometiendo terrorismo⁸⁵⁹, consideraciones críticas que compartimos ampliamente. Dicha cuestión, aunque haya sido inspirada por ánimo positivo, no lo exime en cuanto a su torpeza, porque al despenalizar de esta manera el terrorismo parece que dicha conducta quedara impune en un primer momento y abre demasiado los linderos del tipo. Por ende pueden introducirse situaciones que no tienen nada que ver con el fenómeno terrorista.

⁸⁵⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 173.

⁸⁵⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 140.

⁸⁵⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 141.

⁸⁵⁸ “Tales penas son, eventualmente más severas que las previstas para los autores de los delitos consumados, cometidos al margen de la actividad societaria. Luego, no puede afirmarse que el delito de asociación ilícita persiga la tutela específica de los bienes e intereses singularmente amenazados por su programa: estos no juegan papel alguno para decidir la consumación del delito de asociación”, en Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 141.

⁸⁵⁹ GARCÍA SAN PEDRO José, *Terrorismo*, op. cit., pág. 222.

Bajo el esquema de este último cuerpo normativo del año de 1978, desaparece la utilidad de la concepción típica del delito de terrorismo y lo que era el anterior concepto se traslada a los delitos comunes⁸⁶⁰ difuminando de esta manera el concepto principal del injusto. Lo que sucede es que esos delitos comunes eran los que con mayor frecuencia se presentaba en las acciones de tipo terrorista, pero, como lo señala LAMARCA PÉREZ, ello no quiere decir que fuesen exclusivas dentro del universo del terrorismo⁸⁶¹. La cuestión que representa el mayor interés para nosotros radica en la exigencia que lleva a cabo el legislador de que dichos delitos comunes sean llevados a cabo a través de modelos organizativos de injusto. Ello representa meramente un agravante en las conductas señaladas por el tipo penal, pero sienta un precedente importante para lo que en el futuro habrá de conocerse como la teoría de los delitos de organización.

Esta cuestión quiere decir que no se maquilló la tipificación del terrorismo, sino que pasó de ser un injusto autónomo para pasar a ser considerado que ciertos bienes jurídicos que se lesionan o ponen en peligro a través de organizaciones armadas serán punibles de una manera más agravada, eso es todo. Paradigmáticamente a la situación española, durante los meses de diciembre de 1978 y enero de 1979 el Consejo de Europa emite el llamado *informe sobre el terrorismo en Europa*. En el documento se reconoce que no existe un solo país del continente que se encuentre exento de la posibilidad de sufrir acciones de tipo terrorista catalogándose al fenómeno como “plaga moderna”⁸⁶². Subraya el informe que los objetivos perseguidos por los terroristas son de naturaleza política⁸⁶³.

Bajo estas ideas, pareciera que España camina en dirección opuesta a Europa en materia de combate al terrorismo. Esto no es lo único que llama la atención, sino que la Asamblea Parlamentaria establece que se han alzado voces a favor de considerar al terrorismo desde la perspectiva ya no del objetivo que persiguen, sino por la metodología que emplean⁸⁶⁴. Este camino diferente emprendido por el país ibérico se verá reflejado en las normas dictadas durante el año de 1978 que se encuentran orientadas conforme a las directrices de los Pactos de la Moncloa, donde el terrorismo se considera como tal debido a sus elementos objetivos en la acción, y no en cuanto a su elemento teleológico, ello en aras de establecer una clara separación entre violencia política y delito político⁸⁶⁵.

¿Qué entiende la doctrina por delito político? Resultan ser acciones encaminadas a vulnerar la estructura política del estado o Derechos que poseen los ciudadanos⁸⁶⁶. Desde nuestra perspectiva resulta verdaderamente complicado poder concebir al terrorismo liberándolo de todo móvil ideológico, político y por ende comunicativo; el terrorismo no constituye un acto de máxima violencia sin propósito, sino que como se ha venido sosteniendo reiteradamente en este trabajo, cada acto terrorista tiene un

⁸⁶⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 175.

⁸⁶¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 175.

⁸⁶² *Informe sobre el terrorismo en Europa, Consejo de Europa, Recomendación aprobada por la Asamblea Parlamentaria diciembre 1978 enero 1979*, Ministerio del Interior, Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado, 1979, pág. 27.

⁸⁶³ *Informe sobre el terrorismo en Europa*, op. cit., pág. 28.

⁸⁶⁴ *Informe sobre el terrorismo en Europa*, op. cit., pág. 39.

⁸⁶⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., págs. 162-163.

⁸⁶⁶ ANTÓN ONECA José, *Derecho penal parte general*, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949, págs. 147-148.

importante contenido comunicativo. Retirar el contenido teleológico al terrorismo es considerar que se está atacando otro tipo de fenómeno lo cual es a todas luces erróneo.

3. Seguridad y desorden público

Una vez concluida la década de los 70 se vuelve a modificar la legislación en materia de combate al terrorismo. Por lo que respecta al objeto de tutela, la ley 11/1980 sólo menciona lo siguiente:

Artículo 1: “1. A los efectos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución, se entenderá que las personas cuyos Derechos fundamentales puedan ser suspendidos, en los supuestos y alcances que determina la presente ley, son aquellas que, presuntamente integradas o relacionadas bien, con elementos terroristas, bien con bandas armadas que incidan gravemente en la seguridad ciudadana (...)”⁸⁶⁷ y a continuación se despliegan los delitos comunes. Aquí una vez más nos encontramos con la vaguedad en el objeto de protección al ser considerado como *la seguridad ciudadana*.

Ello se ve reflejado a través de la Ley 2/1981, de 4 de mayo, que se ha estimado como consecuencia de la rebelión militar del 23 de febrero del mismo año⁸⁶⁸. La criticada técnica de incriminación del terrorismo de 1978 que lo hacía a través de los delitos comunes y de la organización, se presenta pero con una agravación en lo que se denominó tipo cualificado de asociación terrorista⁸⁶⁹. Por ello la ley 2/1981 basó sus criterios de criminalización en la norma 11/1980, donde se buscaba proteger la seguridad ciudadana de aquellos que tuvieran vinculaciones con elementos terroristas o bandas armadas⁸⁷⁰. Aquí aparece una nueva categoría típica, la llamada *banda armada*, cuya delimitación tampoco ha sido pacífica dentro de la literatura especializada. Pero lo que nos interesa para la cuestión que ahora exploramos es que, conforme al artículo 174 bis a), se entiende el concepto de banda armada en cuanto a su ámbito de afectación como aquella que vulnera la seguridad ciudadana a través de la comisión de determinados delitos que son mencionados por la propia norma⁸⁷¹.

La banda armada es calificada como un sistema que aporta una importante carga de inseguridad y representa un peligro para bienes jurídicos. En otras palabras, el nivel de desestabilización que genera la banda armada es de importante consideración. Existen múltiples especies de bandas armadas, pero en especial al Estado moderno le incumbe su persecución a las bandas armadas de naturaleza terrorista debido a su máxima peligrosidad.

Durante esos años el terrorismo fue un tema acalorado pero que partió de una falacia inicial, debido a que no hay ninguna norma que lo pueda definir con claridad⁸⁷². Lo anterior genera confusión porque penalmente existe un conocimiento profano sobre la problemática. Se sabe qué es el terrorismo, pero nadie puede explicarlo concretamente, ello va generando un grave riesgo para el principio de legalidad debido a

⁸⁶⁷ B.O.E., 2 de diciembre de 1980, núm. 289, pág. 26645.

⁸⁶⁸ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *CPC*, núm.15, Madrid, 1981, pág. 379.

⁸⁶⁹ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos”, op. cit., pág. 405.

⁸⁷⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos”, op. cit., pág. 405.

⁸⁷¹ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos”, op. cit., pág. 405.

⁸⁷² LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 186.

la falta de certidumbre sobre la conducta que es punible. La ley 11/1980, desde la perspectiva de LAMARCA PÉREZ, criminaliza la *alarma pública* cuando menciona la incidencia grave en la seguridad ciudadana⁸⁷³. Pareciera que la doctrina se encuentra dentro de un círculo argumentativo donde existe la noción de orden público y distintas clases de seguridades públicas. Ello genera una importante problemática debido a que son entidades que se nutren de multiplicidad de conceptos que a su vez se alimentan de otros tantos y así sucesivamente.

Sin que nos sea posible entrar en el fondo del asunto, sí consideramos conveniente tomar en cuenta por lo menos un criterio que nos permita diferenciar entre las categorías de orden público y seguridad ciudadana. Orden público puede equipararse a orden jurídico, mientras que la seguridad ciudadana se referirá a la protección específica y concretizada de los sujetos ante ataques de diferente naturaleza⁸⁷⁴. De un primer vistazo podría parecer que el orden público es un supra concepto que la sociedad, sin saber a ciencia cierta cuáles son sus componentes, ha considerado de máxima importancia para el desarrollo de la vida al interior de la misma. Sin embargo, ello no es así. Según la literatura especializada, el macro concepto que se encuentra por encima es el de *seguridad pública* que abarcaría tanto al orden público como a la seguridad ciudadana⁸⁷⁵.

Resulta interesante para efectos de nuestra investigación, la noción general de seguridad ciudadana especialmente por su estrecha vinculación con el concepto de persona-ciudadano. El ciudadano puede poseer características vinculadas a la participación en el orden social y cultural dentro de un conglomerado⁸⁷⁶. Esto tiene una directa relación con la moderna teoría del rol social que seguimos en este trabajo conforme a la cual cada quien posee una serie de roles de acuerdo a la parcela de realidad histórica que le corresponde administrar responsablemente. Bajo este orden de ideas el ciudadano es aquel que participa en lo relativo a su comunidad y por ende es el sujeto pasivo de la seguridad ciudadana que puede ser considerado como bien jurídico a tutelar⁸⁷⁷.

El Estado dentro de sus múltiples roles posee el de garantizar precisamente esta especie de seguridad a tal grado que la propia Constitución la considera como digna de máxima protección. Ello a través de distintos cuerpos y elementos de seguridad con la finalidad de proteger al ciudadano en su esfera de Derechos para que pueda desarrollarse sin limitación en cuanto a su ámbito de participación en la vida comunitaria⁸⁷⁸. En otras palabras, lo que se ha de tutelar por parte del Estado es que el sujeto pueda desarrollar su personalidad al máximo, es decir, en libertad.

Estas cuestiones tienen su génesis normativa en las legislaciones decimonónicas que ya consideraban los denominados “desordenes públicos” como una serie de actos

⁸⁷³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 186.

⁸⁷⁴ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Seguridad ciudadana y orden público*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 1992, pág. 19.

⁸⁷⁵ LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Seguridad ciudadana y orden público*, op. cit., pág. 19. Para el Tribunal Supremo en sentencia 235/2001 (...) “seguridad pública es la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano”.

⁸⁷⁶ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ara Solis, Oleiros, 1997, pág. 147.

⁸⁷⁷ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad*, op. cit., págs. 146-148.

⁸⁷⁸ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad*, op. cit., pág. 151.

con relevancia penal que impedían el libre ejercicio de los Derechos de los ciudadanos. El injusto podía ser definido como “tumulto grave del orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado en los actos públicos propios de cualquiera Autoridad o Corporación, en algún colegio electoral, oficina o establecimiento público, en espectáculo o solemnidad o reunión numerosa”⁸⁷⁹. Este tipo de delitos giraban en torno a la afectación pública por medio de acciones u omisiones incluso contra los particulares. Un ejemplo de ello es el que plantea la Sentencia de tres de julio de 1900 conforme a la cual un sujeto es vulnerado en su esfera de derechos por lo que respecta a su facultad de ejercicio del voto por un tumulto y cuyos miembros son considerados como culpables del delito de desórdenes públicos⁸⁸⁰.

Otro ejemplo interesante de los antiguos criterios de aplicación del tipo en comento, es el de un sujeto que después de ejercer su derecho al sufragio rompe las urnas que contenían las papeletas con los votos; el Tribunal Supremo concluyó que se encontraban acreditados los extremos de la conducta, misma que se traduce en un grado de afectación al orden público a tal grado que imposibilitó el ejercicio del voto por parte de los electores⁸⁸¹.

Este tipo penal de los desórdenes públicos extiende demasiado el ya de por sí complejísimo concepto de orden público. Ello se presenta a tal grado que incluso ciertos actos irrespetuosos y desconsiderados frente a la autoridad municipal, consistentes en *grandes voces y golpeteo* sobre la mesa del alcalde que se encontraba en ejercicio de sus funciones (cursivas añadidas) a tal grado que obligaron a suspender el acto público, fundamentan la existencia de la conducta típica por el delito de desórdenes públicos⁸⁸².

La casuística española presenta innumerables e interesantísimos ejemplos en cuanto a la aplicación extensiva del tipo penal al que hacemos referencia. Otro ejemplo es el de un asunto que fue planteado al Tribunal Supremo sobre ciertos hechos acontecidos en el País Vasco, donde un alcalde presidía un acto público que fue interrumpido por un grupo de jóvenes que le increpaban a causa de su antinacionalismo y debido a que el funcionario no pudo dominar la situación se vio obligado a suspender el acto. O un caso en el que una persona grita a primeras horas de la madrugada frases tales como ¡Viva la República; ¡Muera Alfonso XIII! que el Supremo ha considerado como actos constitutivos del delito de desórdenes públicos debido a su “índole y gravedad notorias” así como su falta de respeto al principio de Autoridad⁸⁸³.

El orden público a pesar de su abstracción ha admitido desde otras épocas una diferente graduación en cuanto al grado de vulneración sobre el mismo. Ello se ve

⁸⁷⁹ VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento segundo a la 4ª. edic. del código, Madrid, 1913, págs. 571-572.

⁸⁸⁰ VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento cuarto a la 4ª. edic. del código, Madrid, 1906, pág. 283.

⁸⁸¹ VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento quinto a la 4ª. edic. del código, Madrid, 1911, págs.235-236.

⁸⁸² VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870*, op. cit., pág. 236.

⁸⁸³ VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento sexto a la 4ª. edic. del código, Madrid, 1915, págs. 219-220. Para lo que hoy conocemos como el Estado español, siempre ha sido importante el mantenimiento de dicho principio, ello incluso antes de su existencia como Estado que es ahora, donde tanto el orden público como la seguridad exterior del Estado constituyen el elemento teleológico de la autoridad real, en José Francisco LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993, pág. 45.

reflejado a través de la consideración legislativa del tipo penal de *turbación leve* del orden público, mismo que analizaremos brevemente a continuación desde la perspectiva de la casuística que ha emanado de la resolución de casos por parte del Tribunal Supremo. Para el caso se da un supuesto en el que, durante la exhibición de una obra de teatro, se suscitan una serie de gritos y silbidos a tal grado que se genera una alarma de tal intensidad que la gente decide abandonar el lugar por el temor a que se pudieran presentar desgracias, tales actos son sancionados como falta por desorden leve⁸⁸⁴. El criterio empelado por el Tribunal Supremo en materia de turbación leve del orden público requiere, conforme a la sentencia de 6 de junio de 1905, las características de *turbación del orden público, producción de alarma o perturbación*⁸⁸⁵. Así de ambiguos son los conceptos que maneja, incluso, la entidad encargada de desentrañar el verdadero sentido de las expresiones legislativas que es el máximo órgano jurisdiccional del Estado⁸⁸⁶.

Las consideraciones hechas por el legislador al sancionar las conductas como la de turbación leve del orden público, ponen de manifiesto que el orden público como bien jurídico no es un concepto absoluto a pesar de su compleja indeterminación. En cambio es una entidad variable que habrá de adecuarse según las necesidades de la sociedad que lo estima como valioso. De la misma manera, no toda lesión o puesta en peligro deberá desencadenar una respuesta con la misma contundencia.

El objeto de protección concebido como orden público hemos visto que admite distintos niveles de graduación. Esta cuestión es interesante por que, como ejemplifica DAHRENDORF, realmente no hay una gran diferencia entre generar un incendio en un almacén vacío y ejecutar con arma de fuego a un importante hombre de negocios, ello ya que ambos hechos constituyen violencia en contra de las instituciones⁸⁸⁷. Esta semejanza desde un punto de vista objetivo puede ser comprendida si nos imaginamos al Estado como un observador externo y que como tal habrá de percatarse que efectivamente hay una idéntica lesión a las expectativas que se han materializado en las instituciones. Pero en cuanto al sentido comunicativo y la lesión al bien jurídico el ejemplo tiene dos soluciones distintas. Esto se debe a que no se violan únicamente las expectativas positivizadas en la norma en la protección de Estado o el orden público, sino que se vulnera la propia construcción normativa de la sociedad⁸⁸⁸. Ello obliga a volver hacia la noción sobre los elementos que componen al bien jurídico y con ello a reconsiderar la naturaleza jurídico-normativa, abstracta y espiritualista del objeto de protección como categoría jurídica a diferencia del objeto de acción que se manifiesta en un ente de tipo corporal⁸⁸⁹.

⁸⁸⁴ VIADA Y VILASECA, Salvador, *CP reformado de 1870*, suplemento segundo, op. cit., pág. 453.

⁸⁸⁵ VIADA Y VILASECA, 156. Salvador, *CP reformado de 1870*, suplemento quinto, op. cit., pág. 472. En el código de 1848 ya se hablaba de turbación grave del orden público y lo que se sancionaba era la turbación mismo y el medio a través del cual de lleva a cabo. En Joaquín Francisco PACHECO, *CP*, op. cit., pág. 701.

⁸⁸⁶ Turbación quiere decir “Confusión, desorden desconcierto” mientras que perturbar habrá de referirse a “Inmutar, trastornar el orden y concierto, o la quietud y sosiego de de algo o de alguien”. en *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., págs.2245 y 1741.

⁸⁸⁷ DAHRENDORF, Ralph, *Ley y orden*, traducción de Luis María DíEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1994, pág. 156.

⁸⁸⁸ DAHRENDORF, Ralph, *Ley y orden*, op. cit., pág.

⁸⁸⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 88.

La noción de orden público es un bien jurídico de naturaleza espiritual, es decir, cultural⁸⁹⁰. En cuanto a su determinación, dimana de la propia concepción de la sociedad sobre aquello que es socialmente valioso. Pero lo más importante es que dicho reconocimiento es normativo, se encuentra positivizado como una expectativa normativa que es útil y necesaria para la sociedad. A pesar de que no compartimos la teoría de MAYER del ordenamiento penal como norma de cultura, sí consideramos que es válido afirmar que la génesis de la norma proviene de la sociedad conforme a sus intereses⁸⁹¹. Ello, lo reiteramos, no quiere decir que el objeto de protección sea precisamente esa fuente cultural de intereses y que se deban materializar en la categoría del bien jurídico.

El orden público, incluso desde los comentarios de PACHECO al Código de 1848, fue contemplado como una categoría de protección que podía ser vulnerada junto con los delitos para la seguridad interior del Estado, no se atacándose la existencia del propio Estado pero atentándose contra su modelo de organización⁸⁹². Ejemplo de los delitos que vulneraban al orden público en aquella codificación son las asociaciones secretas, resistencia, soltura de presos y otros desórdenes públicos⁸⁹³.

La noción acerca de ciertos delitos que pueden atentar contra la existencia misma del Estado tuvo un enorme desarrollo durante todo el régimen soviético en la U.R.S.S. donde en un principio, con la llegada de los bolcheviques al poder, se dijo que continuaría aplicándose el Derecho imperial, en tanto que no se opusiera a los pilares ideológicos de la revolución⁸⁹⁴.

Dicha situación, viola absolutamente el principio de legalidad penal. Para la temática concreta que nos interesa, es relevante la consideración que el Derecho penal soviético creó comisiones especiales de investigación para castigar los actos de contrarrevolución, especulación y sabotaje⁸⁹⁵. La existencia y permanencia de los bolcheviques en el poder debía de ser protegida a toda costa, por lo que se crearon una serie de categorías “monstruosas” que hoy resulta difícil concebir en cuanto a su existencia real. El Derecho penal soviético tiene su razón de ser para garantizar principalmente el mantenimiento del *régimen soviético y el orden jurídico socialista*⁸⁹⁶. Los tipos penales eran enérgicos en cuanto a las consecuencias jurídicas que acarrearaban. Un modelo de ello fue el posterior desarrollo del artículo 66 que sancionaba el injusto de terrorismo, pero con una óptica absolutamente distinta a la de hoy. El numeral en comento consideraba como terrorismo el homicidio de ciertos sujetos cualificados que en resumen eran altos funcionarios del régimen y con un particular elemento subjetivo

⁸⁹⁰ “La cultura es una expresión muy adecuada para abarcar la multiplicidad. Solamente mediante añadidos, como económico o artístico, es posible poner de relieve un determinado sector de la cultura.” En Max Ernst Mayer, *Derecho penal, parte general*, traducción de Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007, págs. 48-49.

⁸⁹¹ MAYER, Max Ernst, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 55.

⁸⁹² PACHECO, Joaquín Francisco, *El CP*, op. cit., pág. 606.

⁸⁹³ PACHECO, Joaquín Francisco, *El CP*, op. cit., pág. 606.

⁸⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Derecho penal soviético*, TEA, Buenos Aires, 1947, pág. 53.

⁸⁹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Derecho penal soviético*, op. cit., pág. 54.

⁸⁹⁶ ZDRAVOMÍŠLOV / SCHNEIDER / KŇELINA / RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético, parte general*, traducción de Nina DE LA MORA / Jorge GUERRERO, Temis, Bogotá, 1970, pág. 2., en el mismo sentido Eugenio CUELLO CALÓN, *El Derecho penal de la Rusia soviética*, Bosch, Barcelona, 1931, pág. 11.

del injusto consistente en la finalidad de “derribar o debilitar el poder soviético”, delito que podía ser sancionado con pena de muerte⁸⁹⁷.

Lo mismo sucedía con aquellos ataques masivos a la comunidad en los denominados *estrágos y actos que implican un peligro común*, donde el fin último de los actos para los que se desplegaba la conducta del agente, consistían en la intención de debilitar el Estado soviético⁸⁹⁸. El Derecho, desde el inicio por ejemplo con el Código de 1926, instrumentalizó la ley como una herramienta de mantenimiento del régimen proyectado hacia el comunismo⁸⁹⁹. La defensa de la macro estructura estatal es la razón de ser del código aunado a la concepción económico-marxista del delito. Paradójicamente el terror de Estado quedó consolidado al eliminar el principio de proporcionalidad, la prohibición de tortura así como los tratos crueles e inhumanos⁹⁰⁰.

Con la salvedad de volver a mencionar algunos otros ejemplos de la parte especial, pertenecientes a la legislación soviética, es importante para nuestro capítulo la concepción del bien jurídico bajo este polémico régimen. La cuestión radica en la existencia de un *objeto general* del delito, mismo que es el núcleo de los vínculos de interacción socialistas que se llevan a cabo dentro de la sociedad y que son el trasfondo de todo delito cometido⁹⁰¹. Dicho de otra manera, todos los delitos al final han de lesionar esa categoría gracias de su imprecisión conceptual. Esta política criminal se encuentra en directa conexión con la noción estatal de MARX y ENGELS conforme a la que el Estado, como macroestructura, es producto de los vínculos entre las distintas fuerzas de producción y por ende ha de ser el garante en la defensa del orden económico⁹⁰². Los delitos que se sancionaban con la consecuencia jurídica más grave-pena de muerte-como medida inocuidadora, eran aquellos que atentaban contra la patria, el Estado, autoridad, tranquilidad pública y la revolución⁹⁰³.

En fin, podríamos continuar y elaborar una tesis doctoral completa sólo acerca de la compleja temática de ese difuso objeto de protección general que fue tan utilizado durante la época del Derecho soviético en la U.R.S.S, pero el objetivo de tales referencias es para subrayar la manera en la que el bien jurídico cuando se utiliza como fundamento etéreo de la superestructura estatal pierde toda dimensión objetiva y clarificadora, para convertirse en un criterio que puede aplicarse con absoluta amplitud y en todos los tipos penales, situación que es a todas luces intolerable.

El bien jurídico ya *a priori* es una categoría de difícil acotamiento y ahora, si se aplica a conceptos tan difusos como los que empleó el Derecho penal soviético -el desarrollo de la personalidad de los individuos que habitan en la sociedad- corre grave

⁸⁹⁷ ZDRAVOMÍŠLOV / SCHNEIDER / KŇELINA / RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético*, op. cit., pág. 582.

⁸⁹⁸ ZDRAVOMÍŠLOV / SCHNEIDER / KŇELINA / RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético*, op. cit., pág. 582.

⁸⁹⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio, *El Derecho penal de la Rusia soviética*, op. cit., págs. 17 y ss.

⁹⁰⁰ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (esquema para su estudio)”, en Antonio BERISTAIN IPIÑA / José Luis DE LA CUESTA (comp.), *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho penal*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, pág. 108.

⁹⁰¹ ZDRAVOMÍŠLOV / SCHNEIDER / KŇELINA / RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético*, op. cit., pág. 108.

⁹⁰² HUNT, Robert C., *Teoría y práctica del comunismo, una introducción*, traducción de Mario H CALICHIO, Ágora, Buenos Aires, 1959, pág. 81.

⁹⁰³ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Derecho penal soviético*, op. cit., págs. 103-104.

riesgo de verse truncada de forma irreparable debido principalmente a la pena de muerte⁹⁰⁴.

Para poder evitar todas las graves dificultades que puede acarrear el empleo deficiente de la categoría del bien jurídico, el orden público ha de ser entonces un ente normativizado. De esta manera ha de reputarse como merecedor de la mayor protección que puede dotar el Estado y frente a los agravios de mayor importancia. De ahí la relación tan estrecha entre bien jurídico y el carácter fragmentario de protección del Derecho penal⁹⁰⁵.

4. *Recapitulación*

Conforme a lo que hemos explorado hasta ahora, el concepto de aquello que se tutela a través de la norma que criminaliza el terrorismo ha variado constantemente en cuanto a la forma en la que se expresa legalmente. Sin embargo, en el fondo la gran mayoría de las modificaciones legislativas de una u otra manera vuelven hacia el concepto de orden público. El fenómeno del terrorismo organizado no es disociable de las nociones de orden público como bien jurídico tutelado.

La conducta terrorista sirve como barómetro para ponderar el estadio político en el que se encuentra la nación que ha de regularlo. Por ejemplo en el caso de una dictadura o en el de la democracia. El delito de terrorismo tiene una máxima sensibilidad a los cambios ideológicos de los regímenes correspondientes, ello debido a la especial naturaleza de la conducta y a los profundos efectos de lesividad que genera. Pareciera como si en los extremos ontológicos, funcionales, jurídicos, y hasta subjetivos que rodean el universo de “el terrorismo” como un fenómeno humano de enorme complejidad, no hubiese nada claro, ni su definición, ni sus límites ni aquello que se protege con contundencia. Compartimos la idea de LAMARCA en cuanto a que el desarrollo normativo del terrorismo nunca pudo abandonar del todo el *nomen iuris* del fenómeno del orden público como eje sobre el que suelen girar esta especie de delitos⁹⁰⁶.

El nuevo desarrollo legislativo a través de la ley 9/1984, de 26 de diciembre, se caracteriza por la continuación de la tradición española en cuanto a la indefinición y nebulosidad en la que se encuentran los extremos de lo que ha de considerarse como terrorismo. De la misma manera no es claro aquello que ha de protegerse con el mayor potencial del Estado democrático. Por lo que respecta al bien jurídico, la nueva modificación no cambia en nada la tradición seguida en el tratamiento del fenómeno a través de los delitos comunes. Esto genera, en palabras de LAMARCA, que por medio del grupo terrorista o rebelde, cualquier delito se tiña como terrorismo⁹⁰⁷, lo cual es la principal crítica a este modo de operar legislativamente hablando.

⁹⁰⁴ Las críticas a la pena de muerte son un tema abundante en la literatura penal. No obstante desde la perspectiva dogmática consideramos pertinente introducir el razonamiento de TORÍO LÓPEZ en el sentido que “(d)esde la óptica jurídico penal cabe, por último, decir que la pena de muerte no puede ser conectada a los conceptos centrales de peligrosidad y culpabilidad”. *Vid.* Ángel TORÍO LÓPEZ, “La pena de muerte”, op. cit., págs. 583-585. Incluso el arte en sus distintas vertientes se ha manifestado contra la pena de muerte. *Vid.* Rosario DE VICENTE MARTÍNEZ, *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

⁹⁰⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 202.

⁹⁰⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 188.

⁹⁰⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 195.

III.- El orden público como bien jurídico común a los artículos 571 y 572

A partir del año de 1984 se llevaron a cabo distintas modificaciones al tipo penal que nos encontramos explorando, pero nunca en materia de un replanteamiento de la política criminal a profundidad. Tenemos para muestra la llamada Ley 1/92 de protección ciudadana, conocida como “Ley Corcuera” -incluso como la ley de la “patada en la puerta”- con la que se flexibilizaban de manera importante -hasta extremos insólitos- los criterios legales para tener acceso a un domicilio sin real observancia de un rigor jurídico. Ello en aras de una eficaz lucha contra la criminalidad y especialmente contra el narcotráfico⁹⁰⁸. Las críticas a la norma son fuertes dentro de la literatura especializada.

Existen planteamientos de política criminal que son interesantes, como el de FERNÁNDEZ ENTRALGO, que considera que el aparato penal endurece sus medidas contra dos fenómenos particularmente; el tráfico de drogas y el terrorismo, no obstante al mismo tiempo se ha presentado un fracaso del endurecimiento de las políticas penales en dicho combate que ha sido infructuoso y por el contrario ha desencadenado el nacimiento de un Derecho penal de guerra alejándose del Derecho penal democrático⁹⁰⁹.

Otro par de ejemplos de reforma en materia de combate al terrorismo lo encontramos en la Ley de la “Kale Borroka”, creada para combatir el terrorismo de baja intensidad, y en la llamada “Ley de partidos”.

En realidad, no fue sino hasta el año de 1995 cuando se efectuó un cambio importante en el paradigma de lo que hasta entonces había sido el tratamiento de la criminalidad terrorista en el seno de una organización o grupo. De esta manera se abandonó la tipificación del terrorismo dentro del catálogo de delitos comunes que anteriormente regulaba dicha conducta. Dentro del Código interesa particularmente el artículo 571 -actual 572- mismo que no tuvo modificaciones hasta la gran reforma de 2010, que dispuso: “Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los arts. 346 y 351, respectivamente, serán castigados con la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida integridad física o salud de las personas”.

Es interesante que sistemáticamente el injusto se encuentra dentro de la categoría de los “delitos contra el orden público” pero no se hace mención de ello en el tipo, sino que se incluyen elementos subjetivos del injusto como subvertir el orden constitucional o la alteración grave de la paz pública⁹¹⁰. Dicha estructura generó un importante debate en la literatura debido a las cuestiones relativas a determinar con claridad cuál resultaba ser el bien jurídico que se tutelaba a través del tipo.

⁹⁰⁸ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “¡pase sin llamar!”, en Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO / Guillermo PORTILLA CONTRERAS / Javier BARCELONA LLOP, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, pág. 43.

⁹⁰⁹ FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “¡pase sin llamar!”, op. cit., pág. 43.

⁹¹⁰ Conforme a la sentencia del Tribunal Supremo 425/2007 (...) “paz pública, concepto este reclamado con mayor vigor por la sociedad en su conjunto, y que se traduce en alterar la paz social (pública) y la convivencia sin algaradas callejeras. O lo que es lo mismo, que la calle no se convierta en patrimonio de alborotadores con grave quebranto a los Derechos ciudadanos de los demás (...)”.

El bien jurídico que se protege concretamente en el hoy artículo 572 del CP español es el orden público⁹¹¹. Incluso hay autores que agregan la seguridad y otros bienes jurídicos como objetos de protección⁹¹². Para CANCIO, la cuestión radica en que el bien jurídico es de naturaleza *autónoma y colectiva* que se traduce en categorías como paz interior, paz pública, seguridad pública entre otros⁹¹³. Otra perspectiva a la que hace referencia el penalista de Madrid es la noción de poder del Estado, que también es así explorado por GARCÍA-PABLOS DE MOLINA⁹¹⁴. Sin embargo, para parte de la doctrina la cuestión encuadra en otros tipos a los que hace referencia, digamos el tipo principal de terrorismo⁹¹⁵. En el mismo sentido se expresa CAPITA REMEZAL, al opinar que se produce únicamente una agravación en los tipos de terrorismo por la circunstancia de que son cometidos a través de una entidad criminal estructurada⁹¹⁶ que dicho sea de paso no debemos olvidar el importante nivel de inseguridad que generan con sus acciones, además de que en la actualidad las organizaciones terroristas se encuentran bien armadas⁹¹⁷ y preparadas militarmente. El comentario anterior tiene profundas repercusiones en lo relativo a la lesión del bien jurídico de que se trate, especialmente en el caso del delito que nos ocupa.

La problemática puede ser analizada desde una perspectiva multifactorial: De esta manera el terrorismo persigue no sólo un objetivo en concreto, sino varios en un mismo o distintos escenarios temporales; puede ir orientado hacia provocar una desestabilización del orden social, desmoralizar a los ciudadanos y por ende generar en ellos el cuestionamiento de las capacidades de la autoridad para brindarles la seguridad que merecen⁹¹⁸. Esto no es otra cosa que la seguridad cognitiva, categoría fundamental para la moderna concepción funcionalista del Derecho penal.

⁹¹¹ Resulta interesante el criterio de las autoridades federales mexicanas 177560, novena poca emitido por los Tribunales Colegiados de Circuito que al rubro dice: orden público es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social. Conforme al cual el orden público constituye un concepto jurídico indeterminado de imposible definición.

⁹¹² EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito de terrorismo, su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985, págs. 89-90. En el mismo sentido Juan MORAL DE LA ROSA, *Aspectos*, op. cit., pág. 163, Juan CÓRDOBA RODA / Mercedes GARCÍA ARÁN (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2603.

⁹¹³ CANCIO MELIÁ, Manuel, "Sentido y Límites de los delitos de terrorismo", en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁCER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II, Edisofer, Madrid, 2005, pág. 1888.

⁹¹⁴ Vid. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 142 y ss.

⁹¹⁵ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 80.

⁹¹⁶ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 81.

⁹¹⁷ El problema del armamento que está a disposición de las organizaciones criminales, a pesar de representar un tema aparate, no podemos dejar de expresar nuestro punto de vista acerca del tema, especialmente cuando ahora en México la delincuencia organizada (narcotráfico) que cada día bordea con mayor cercanía al terrorismo, se enfrenta a las fuerzas del Estado con armamento de la mayor calidad y máximo poderío proveniente de los Estados Unidos. Así lo reconoce la doctrina al afirmar que Europa urge a América del Norte para que lleve a cabo una efectiva política de control sobre el tráfico de armas si se espera poder degradar a la delincuencia organizada y al terrorismo, en WILKINSON, Paul, *Terrorism versus democracy. The liberal state response*, Frank Cass Publishers, Londres-Nueva York, 2005, pág. 206.

⁹¹⁸ WARDLAW, Grant, *Political Terrorism. Theory, tactics, and counter-measures*, 2ª. edic., Universidad de Cambridge, Estados Unidos de Norte América, 2002, pág. 39.

Sin embargo, hay que estudiar con cuidado el problema planteado debido a que la doctrina, especialmente la de origen anglosajona, suele extender las políticas de combate al terrorismo a extremos que no consideramos saludables. En ocasiones ciertos autores emiten argumentaciones orientadas hacia una legitimación de la guerra contra el terrorismo, como el hecho de atribuir características ontológicas a la guerra por parte de terroristas islámicos⁹¹⁹. Ésta es, desde nuestro punto de vista, una clase de discurso que lejos de promover un debate jurídico y sociológico del terrorismo, lo traslada al subsistema político, donde las reglas cambian considerablemente. Planteamientos como este se alejan del contenido dogmático y político criminal que deben de permear al abordar la compleja problemática de la organización criminal y el medio de respuesta contrafáctica que existe en la actualidad, es decir, el Derecho penal del enemigo.

La estigmatización del modelo de combate jurídico comenzó a acentuarse gracias a los acontecimientos del once de septiembre en Nueva York. Ello fue calificado como un acto de “megaterrorismo”⁹²⁰, desencadenando que la seguridad pasara a ser la prioridad en la política de los Estados Unidos y la Unión Europea aun a costa de los derechos ciudadanos⁹²¹. Con dicha maximización también fueron sacralizados bienes jurídicos difusos de complejo acotamiento. Durante el 11-S los objetivos elegidos por los terroristas eran íconos con elevado potencial representativo para la sociedad de los Estados Unidos⁹²². Esta situación contribuyó a la sacralización de bienes jurídicos difusos.

En síntesis hemos de considerar que la cuestión discursiva y la participación del subsistema político en asuntos que pertenecen a las operaciones del subsistema Derecho no arroja resultados positivos. El debate y sobre todo el tratamiento del terrorismo habrá de ser lo más pulcro posible discursivamente hablando, y la aplicación de la respuesta contrafáctica deberá de ser quirúrgica debido al nivel de violencia –legítima pero violencia al fin y al cabo– que ello implica.

Bajo una concepción más amplia acerca del orden público, la doctrina Checa tiene una concepción mucho más abierta sobre los elementos que han de considerarse como parte del orden público⁹²³. Éstos comprenden un estado general de seguridad y estabilidad sistémica como un complejo de intereses de especial protección por parte del Estado⁹²⁴.

Otra cuestión interesante en el terreno jurídico es considerar que, en teoría, el combate al terrorismo puede devengar en las arcas del Estado un gasto muy importante que tarde o temprano afectará a los ciudadanos, mismos que la propia autoridad está

⁹¹⁹ KHAN, L.Ali, *A theory of international terrorism. Understanding Islamic Militancy*, Martinus Nijhoff editores, Boston, 2006, pág. 253.

⁹²⁰ REINARES, Fernando, *Terrorismo global*, Taurus Santillana ediciones, 2003, pág. 51.

⁹²¹ VARGAS LLOSA, Mario, “Las réplicas del 11 de septiembre”, en Umbero ECO / Baltazar GARZÓN / Felipe GONZÁLEZ / Juan GOYTISOLO / Gilles KEPEL / John LE CARRÉ / Ahmed RASHID / Salman RUSHDIE / Edward W SAID / José SARAMAGO / Susan SONTAG / Mario VARGAS LLOSA, *El mundo después del 11 de septiembre de 2001*, Península-Atalaya, Barcelona, 2002, pág. 80.

⁹²² HEYMANN, Philip B., *Terrorism, Freedom and Security winning without war*, The Mit Press, Estados Unidos de Norte América, 2003, pág. 5.

⁹²³ STS 596/2007, “(...) orden público, no es otra cosa que lo que atañe a los Derechos fundamentales y libertades públicas garantizadas constitucionalmente (...)”.

⁹²⁴ BELOHLAVEK, Alexander J., *Arbitratio, ordre public and criminal law (interaction of private and public international and domestic law)*, Vol. I, edic. bilingüe ruso-inglés, Taxon, Ucrania, 2009, págs. 793-794.

encargada de cuidar; ello llevaría a que los ciudadanos se levantaran en contra del gobierno⁹²⁵. Sin embargo, en la práctica esto puede también generar un efecto inverso, provocando que la población se vuelque solidariamente hacia la autoridad en cuanto al combate al terrorismo⁹²⁶.

Volviendo a nuestro tema central, una de las virtudes de la legislación terrorista en el Código de 1995 fue el hecho de volver a la denominación típica de los llamados delitos de terrorismo⁹²⁷. Bajo esta nueva regulación, para un sector de la doctrina, como CANCIO MELÍA, el terrorismo implica ataques contra la *convivencia social*⁹²⁸. La problemática que se plantea en la gran comunidad de penalistas es que tarde o temprano el tipo penal nos lleva a acudir a este tipo de categorías tan amplias y tan poco clarificadoras. Ante ello se suele tratar de aterrizar a conceptos más o menos objetivos o normativizados. Desde nuestra perspectiva, esto lo lleva a cabo el mismo CANCIO al considerar que no sólo se afectan bienes jurídicos individuales, sino que se pone en tela de juicio la configuración misma de la sociedad por lo que se refiere al ámbito de la solución de conflictos que se puedan plantear dentro de esta⁹²⁹.

Las aportaciones del penalista citado anteriormente tienen sentido en razón de la propia redacción del tipo, misma que involucra una serie de elementos objetivos de los que se desprende el hecho de proteger otros objetos jurídicos mucho más concretizados.

A) Especial referencia al Derecho penal del enemigo

Durante la elaboración del presente capítulo hemos revisado la manera en la que ha evolucionado el bien jurídico tanto en los delitos de organización como en el de terrorismo. Si volvemos a la exposición de motivos del año 2010 para encontrar lo que se ha buscado tutelar, podremos percatarnos que ha habido una importante modificación sistemática. Conforme a la exposición de motivos, la doctrina venía clamando desde hacía tiempo, para que los delitos de organización fueran situados correctamente dentro de los tipos contra el orden público, así mismo considera que las organizaciones criminales son un peligro constante para la democracia⁹³⁰.

El modelo que se adopta a través de la reforma es el que modernamente se conoce como *de la seguridad ciudadana*, ello en razón a que el legislador ha considerado que las organizaciones criminales vulneran las libertades de los ciudadanos, los mercados y las instituciones estatales⁹³¹. Lo anterior a pesar de las críticas que modernamente se han llevado a cabo contra dicho modelo. Pero indudablemente es la postura más adecuada para poder responder a las necesidades de combate a la delincuencia moderna y perfectamente organizada.

⁹²⁵ WARDLAW, Grant, *Political Terrorism*, op. cit., 39.

⁹²⁶ WARDLAW, Grant, *Political Terrorism*, op. cit., 39.

⁹²⁷ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág.81. En el mismo sentido, CANCIO MELÍA, Manuel, “Delitos contra el orden público”, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo (dir.) y JORGE BARREIRO, Agustín, *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 1384.

⁹²⁸ CANCIO MELÍA, Manuel, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 1385.

⁹²⁹ CANCIO MELÍA, Manuel, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 1385.

⁹³⁰ Exposición de motivos de la Ley orgánica 5/2010, publicación en el B.O.E., de 23 de junio de 2010, núm 152, sección I, pág. 54822

⁹³¹ Exposición de motivos de la Ley orgánica 5/2010, op. cit., pág. 54822.

Los legisladores españoles han optado por brindar una mayor protección a los ciudadanos en sus derechos. Esto ya se veía venir desde el año 2002 a través del *plan de lucha contra la delincuencia* donde se puso de manifiesto que es el gobierno la entidad estatal encargada de brindar seguridad para sus ciudadanos, así como la defensa de la libertad, por ser ello la base valorativa sobre la que descansa la democracia⁹³². La definición de seguridad ciudadana ciertamente no es fácil de acotar, pero a pesar de ello, sus extremos si han sido conocidos por la literatura especializada. La seguridad ciudadana suele ser identificada con la seguridad pública, ello conforme a la STS 325/1994, en la que dichos conceptos confluyen a su vez en el de orden público⁹³³. Sin embargo, esta postura se ha criticado poco a poco y la jurisprudencia ha ido variando buscando encontrar, difícilmente, notas distintivas entre ambas categorías.

Lo que es relevante para nuestro tema es que conforme a la reforma de 2010 el Estado español ha tomado una clara postura de protección ciudadana. Ha visto que la necesidad de seguridad es uno de los valores fundamentales para la permanencia de la paz en el Estado y que ello tiene un mayor valor frente a las críticas que se hacen a dicho modelo que, a pesar de todo, ha venido siendo adoptado en múltiples sistemas democráticos. El hombre como ser que deambula por la historia, ha de ir adaptando el sistema jurídico a las propias necesidades de la realidad, al margen de posturas políticamente correctas o excesivamente garantistas, para plantear modelos de combate y respuesta efectiva ante la enemistad normativa.

La exposición de motivos es muy clara en cuanto a que las organizaciones criminales y entre ellas las de naturaleza terrorista representan un claro peligro para los ciudadanos, el orden público y la democracia. Ello es innegable y evidente, además de que no es una postura privativa de España, sino que, reiteramos, es un común denominador alrededor del mundo. Por ello la legislación española vigente ha implementado medidas de mayor contundencia para combatir la delincuencia terrorista. La doctrina generalmente ha sido muy crítica cuando se emplean términos como enemigo, lucha o combate, ello a pesar de reconocer que los instrumentos internacionales que tratan sobre la delincuencia organizada suelen emplear comúnmente dicha terminología⁹³⁴.

Es verdad que la terminología puede parecer agresiva para el garantismo (que a todo es excesivamente sensible) pero también es verdad que aunque suene desagradable para amplios sectores de la literatura, también lo es que su legitimidad se encuentra reconocida en cuanto al combate de la delincuencia especialmente grave⁹³⁵. Ello -nos guste o no- se llama *Derecho penal del enemigo*. Es un Derecho de especial aseguramiento ante focos de peligro objetivamente constatable en aras de salvaguardar bienes o valores de la máxima importancia así como el mantenimiento de la vigencia de los modelos de orientación que permiten que el tejido social se configure positivamente. Es un mecanismo contra sujetos especialmente peligrosos, mediante el cual hay un cambio de paradigma en el Derecho penal donde ya que no se habla con el ciudadano

⁹³² JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y orden público*, recurso electrónico Dykinson, Madrid, 2006, pág. 12.

⁹³³ JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y orden público*, op. cit., pág. 14.

⁹³⁴ DONNI, Massimo, "Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar", traducción de Pablo GUÉREZ TRICÁRICO, en Manuel CANCIO MELÍA / Laura POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas Aranzadi, Madrid, 2008, págs.29-31.

⁹³⁵ DONNI, Massimo, "Derecho penal de lucha", op. cit., pág. 31.

sino que se amenaza el delincuente⁹³⁶. Los elementos que integran el Derecho penal del enemigo han sido explorados por la doctrina que comparte la sugerente posición doctrinal a pesar de que la gran mayoría parece no comprender el significado de las categorías que lo componen al traducir el Derecho penal del enemigo, como un conjunto de categorías sistémicas y normativas, a un burdo Derecho de guerra, a todas luces, ajeno a la realidad político criminal española⁹³⁷.

Desde nuestro punto de vista, el combate al enemigo normativo no tiene nada que ver con la guerra tradicional, no tiene paralelo con “lo bélico” en el sentido tradicional bajo el que se emplea. Pareciera como si gran parte de la doctrina se encontrara en una enorme confusión alrededor de ese *segmento específico* la doctrina de JAKOBS.

Bajo este esquema crítico se ha pronunciado APONTE, para quien existe una lucha de extremos entre lo que él llama eficientismo del Derecho penal del enemigo justificado por la defensa a bienes jurídicos, en oposición a la libertad⁹³⁸. Este tipo de posiciones muestran importantes lagunas en cuanto a lo que se refiere la doctrina de JAKOBS ya que es el autor alemán quien considera que el Derecho penal no protege bienes jurídicos sino la vigencia de la norma y que aquello que ha de ser considerado como lo que se debe proteger es el llamado *bien jurídico-penal* consistente en “la validez fáctica de las normas que garantiza que se puede esperar respeto a los bienes, los roles y la paz jurídica”⁹³⁹. Ello se habrá de traducir en lo que la moderna dogmática funcionalista denomina *seguridad cognitiva*, concepto que será tratado a fondo en el siguiente capítulo. Por ahora nos limitaremos a decir que la crítica que lleva a cabo APONTE carece de las bases conceptuales esenciales de la doctrina de HEGEL y JAKOBS por lo que consideramos poco acertado y ayuno de fundamento su razonamiento al respecto. De la misma manera ignora el autor el concepto de libertad que fundamenta la doctrina funcionalista.

Dejando a un lado -por el momento- los debates en torno al Derecho penal del enemigo, hemos de volver la normativa española para señalar que la reforma de 2010 busca un especial aseguramiento en cuanto a las organizaciones terroristas que se traduce en el artículo 571 vigente. Si ello no fuera así, no existiría la criminalización anticipada de la misma a través de los sujetos que la conforman y que fueron explorados en cuanto su criterio de imputación en el capítulo anterior⁹⁴⁰.

Pareciera como si la temática del bien jurídico fuese inamovible, como si careciera de una dimensión o función axiológica que depende de la propia evaluación que lleva cabo la sociedad sobre bienes y valores⁹⁴¹. Si depende de la sociedad y las sociedades cambian, entonces los bienes jurídicos no serán los mismos a lo largo del

⁹³⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Presentación”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coords.), *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág.XVII.

⁹³⁷ “La terminología de “guerra” fue acuñada por su familiaridad y contenido “compacto” frente al nuevo fenómeno que se presentó a partir del once de septiembre, aunque a la larga ha sido una conceptualización peligrosa”, en Philip B HEYMANN, *Terrorism, Freedom and Security*, op. cit., pág. 21.

⁹³⁸ APONTE, Alejandro, “Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 221.

⁹³⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., págs. 56-58.

⁹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal parte general*, tomo II, op. cit. pág. 607.

tiempo y por ende la óptica con la que se les observará tampoco será pétrea. JAKOBS ha planteado un camino alternativo, con el que compartimos muchos elementos; el propio JAKOBS cita a AMELUNG de la siguiente manera: “Si el Derecho penal ha de garantizar las condiciones de la vida humana en comunidad, entonces la reflexión debe tener su origen necesariamente en el sistema social y no en la persona”⁹⁴². Esto robustece el carácter eminentemente social como fuente de nacimiento de los bienes jurídicos. Sin embargo, la cuestión va más allá de ello: al existir el tan difundido planteamiento del bien jurídico como criterio de valoración llevado a cabo por el legislador como forma teleológica de interpretación sobre la labor legislativa⁹⁴³, se pone de manifiesto precisamente la relación axiológica entre el legislador y el sistema de expectativas que la sociedad considera que deben de ser protegidos con la máxima diligencia a través de la norma penal. Pero no sólo es a través del legislador que se pueden observar cuáles son aquellas entidades merecedoras de la protección, sino que es posible encontrar los distintos criterios de valoración que lleva a cabo él mismo entre la multiplicidad de bienes jurídicos⁹⁴⁴.

La vigencia de la norma, como mantenimiento de expectativas, no riñe con la protección a bienes jurídicos. Así lo pone de manifiesto POLAINO NAVARRETE, para quien en un primer plano la función del Derecho penal será la de *tutela preventiva* sobre bienes jurídicos y posteriormente en un segundo plano la *función de garantía* sobre la identidad normativa de la sociedad⁹⁴⁵.

Lo que es de resaltar para nuestro objeto de estudio es que el legislador español ha valorado el orden público como parte esencial del soporte democrático. Es importante en cuanto a su valor y debe ser protegido a través de un paradigma nuevo, *el de la protección de la libertad y los derechos de los ciudadanos a poder desarrollar libremente su personalidad*.

El conflicto donde participan los bienes jurídicos es eminentemente una confrontación social⁹⁴⁶. Para JAKOBS, conforme a la teoría de AMELUNG, el quebrantamiento del tejido normativo es daño social⁹⁴⁷. Ello a pesar de estar en franca oposición a la teoría personal del bien jurídico nos remite brevemente al concepto de persona y libertad; de tal manera que “(...) la persona requiere para su hacer y su dejar hacer no sólo la seguridad de que dispone de derechos, sino también la seguridad de que no podrá resultar lesionado o, incluso, matado ilegítimamente, sino que podrá disfrutar de la libertad garantizada por el Derecho, esto es, que con alta probabilidad no resultará lesionado ni asesinado”⁹⁴⁸.

El terrorismo no permite el ejercicio de esa libertad y, a diferencia de la errada opinión de APONTE, el Derecho penal que prevé especiales medidas de aseguramiento en aras de proteger esa libertad, no priva de ésta, sino que la defiende, y lo hace ante los

⁹⁴² JAKOBS, Günther, “¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *CPC*, 2ª época, núm. 100, Dykinson, Madrid, 1988, pág. 31.

⁹⁴³ AMELUNG, Knut, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., págs. 228-229.

⁹⁴⁴ AMELUNG, Knut, “El concepto «bien jurídico»”, op. cit., pág. 229.

⁹⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos*, op. cit., pág. 212.

⁹⁴⁶ JAKOBS, Günther, “¿Daño social?”, op. cit., pág. 41.

⁹⁴⁷ JAKOBS, Günther, “¿Daño social?”, op. cit., pág. 41.

⁹⁴⁸ JAKOBS, Günther, “¿Daño social?”, op. cit., pág. 45.

ataques de mayor gravedad que puedan ser imaginados por el conformador de la norma. Ello se ha puesto de manifiesto en la Ley orgánica 5/2010, que orienta los artículos que conciben los delitos de organización hacia un perfil de mayor protección para los bienes jurídicos que han de ser tutelados. De esta manera la sociedad española, a través del poder legislativo, ha dicho que requiere mayor protección sobre el orden público y las consecuencias que ello ameritan; en términos modernos, la sociedad española se identifica a sí misma a través de la norma⁹⁴⁹. Lo que sucede cuando hay un ataque por ejemplo terrorista es que la sociedad no abandona la expectativa que existe dentro de la norma, sino que la subraya⁹⁵⁰.

B) Síntesis

La categoría del bien jurídico como eje central de la dogmática penal, a pesar de su importancia substancial, sigue y seguirá siendo uno de los temas de mayor debate dentro la ciencia penal; el concepto es susceptible de multiplicidad de interpretaciones y puntos de vista, conforme a los cuales consideramos que es un producto de la realidad histórica y que por ende es susceptible de ser cambiante en cuanto a su concepción. Ello no quiere decir que nos suscribamos las tesis que postulan una visión del bien jurídico desde el subjetivismo, sino que más bien nos inclinamos por una postura objetivo-normativa del mismo como entidad sobre la cual la propia sociedad se refleja y por ende se va configurando comunicativamente. El tejido social se ha de construir por normas, expectativas que son protegidas a través de modelos de orientación y que su mantenimiento como vigencia social ha de ser asegurad. Los ciudadanos han de ser conscientes de dicha seguridad, que habrá de denominarse seguridad cognitiva, categoría que nos parece mucho más precisa -aunque formal y genérica- que la de la visión social de los bienes jurídicos normativamente relevantes. Particularmente en el caso del delito de terrorismo, la doctrina a lo largo del tiempo ha deambulado en argumentaciones alrededor del orden público, pero siempre, volviendo al final del día, sin que sea posible definirle con claridad. Por ello, el objeto de protección ha de ser la seguridad cognitiva como el orden público entendido en sentido jurídico-constitucional. En conclusión el bien jurídico “orden público” ha de ser comprendido como una entidad normativizada que no puede existir si no es bajo la atmósfera favorecida por la existencia de seguridad cognitiva.

⁹⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pág. 75.

⁹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 76.

CAPÍTULO V
SEGURIDAD COGNITIVA

I.- Seguridad cognitiva como concepto normativo-funcional

A) Enemistad/seguridad cognitiva, un antagonismo normativo

Como hemos establecido al final del capítulo anterior, la problemática que rodea a la categoría del orden público no puede resolverse con claridad debido a la naturaleza del objeto de protección. Por ende habrá que tomar en cuenta otra clase de aportes que haya construido la doctrina más actualizada. Ante esta situación nos hemos propuesto estudiar el complejo y poco explorado concepto de seguridad cognitiva como entidad que puede arrojar mayor luz frente a bienes jurídicos aparentes y espiritualizados. Hemos de establecer las principales características acerca de las mencionadas categorías para posteriormente sumergirnos en el ambiente de la seguridad cognitiva.

AMELUNG ha explorado la categoría de bienes jurídicos aparentes. Si acudimos al diccionario podremos encontrar que “aparente” es aquello que parece y no es⁹⁵¹. Habrá que estudiar a qué se refiere la doctrina cuando emplea tan especial terminología. La categoría se refiere a aquellos bienes jurídicos que se encuentran vacíos en su contenido, es decir, quedando sólo la norma propiamente o sólo la vigencia de la misma⁹⁵². ¿Esto tiene alguna relación con el concepto de seguridad cognitiva trabajado por JAKOBS / POLAINO-ORTS? a continuación hemos de tratar de dar algunas respuestas a esta interrogante.

El Derecho penal bajo la óptica del moderno funcionalismo es un sistema normativo que se nutre de múltiples esquemas antagónicos. No es extraño encontrar operaciones dialécticas entre entidades que se contradicen mutuamente, mismas que finalmente se complementan como base de su existencia óptica. Ello sucede claramente en categorías como persona/enemigo⁹⁵³, enemistad-inseguridad/persona-seguridad, cuestionamiento de la identidad normativa/restablecimiento de la vigencia de la norma. Existen múltiples ejemplos que demuestran la influencia de la dialéctica en el funcionalismo.

Para entender la manera en la que el fenómeno del terrorismo forma parte de este universo de categorías dialécticas es importante conocer las principales conceptualizaciones elaboradas por la doctrina. Así hemos de explorar el concepto y los límites que dan cuerpo a la seguridad cognitiva.

⁹⁵¹ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 176.

⁹⁵² AMELUNG, Knut, “El concepto «bien jurídico»”, op. cit., pág. 249.

⁹⁵³ Dentro de las referencias descriptivas que son esenciales al interior de la doctrina funcionalista existe la categoría de persona que es distinta a la de ser humano. De esta manera el ser humano es un concepto biológico mientras que la persona es un concepto social que se identifica con el de ciudadano o sea, aquel que cumple con su rol, con la parcela de realidad histórica que le corresponde administrar ejerciendo su vida en libertad. La persona camina por la línea trazada en el modelo de orientación social. Sobre el concepto de persona *Vid.* Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 154 y ss., Günther JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, op. cit. Por otra parte el concepto de enemigo como opuesto a persona es aquella que se enfrenta directamente a la norma desafiando a la expectativa deseada por la sociedad y que se aparta del camino de la norma desestabilizando a la sociedad en sus bases denominadas normas de flaqueo poniendo en cuestionamiento la vigencia del modelo de orientación y el modelo social. *Vid.* Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 143 y ss. Sobre las normas de flaqueo y el concepto inicial de enemigo *Vid.* Günther JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, en Günther JAKOBS *Fundamentos del Derecho penal*, op. cit., pág. 179 y ss.

En breves palabras que citamos de POLAINO ORTS “(...) que determinadas conductas erosionan de manera socialmente intolerable la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma, y si se acepta igualmente que contenido del concepto de norma, como instrumento de orientación social, no es sólo el quebrantamiento de lesión de los bienes jurídicos (aspecto negativo), sino también la confianza de los demás en la vigencia y actualidad de la tutela jurídica a dichos bienes (aspecto positivo), entonces ha de concluirse , para mantener un criterio de proporcionalidad y justicia, que las conductas de los “enemigos” -aquellos que no reconocen a los demás como personas en Derecho- han de ser combatidas, reprimidas o neutralizadas de manera especialmente asegurativa”⁹⁵⁴.

La seguridad cognitiva es una categoría que tiene una directa relación con el carácter lesivo de las operaciones terroristas organizadas⁹⁵⁵. El delincuente terrorista es un claro ejemplo de foco de enemistad; no se conduce conforme a la norma, ha dejado de regirse por el Derecho, ello fundamenta su carácter de enemigo, el apartamiento del Derecho es permanente y por ende no presta seguridad cognitiva⁹⁵⁶. En este razonamiento se observa, claramente, la manera en la que los conceptos, a pesar de su oposición, son complementarios. En otras palabras, el enemigo es directamente opuesto a la seguridad cognitiva.

JAKOBS señala que los sujetos con status de enemistad se encontrarán continuamente presentes en la sociedad por ello la seguridad cognitiva posee un grado de valorización muy elevado⁹⁵⁷. Así como nunca habrá de desaparecer el crimen mientras el hombre exista, de la misma forma habrán de presentarse sujetos que planteen un modelo alternativo al sistema de expectativas aceptado por la comunidad. El terrorismo como organización criminal gira en torno a esta concepción al buscar un planteamiento paralelo, un cuestionamiento del poder⁹⁵⁸ y del modelo de orientación a través de la violencia.

“¿Qué cantidad de inseguridad es capaz de tolerar el mundo occidental en sentido político, económico e ideológico?”⁹⁵⁹. El terrorismo organizado como el fenómeno por excelencia opuesto a la democracia es una de las conductas humanas con mayor poder de vulneración sobre la estructura fundamental del Estado. Como resultado se cuestiona la vigencia de la norma. Este último concepto gira en torno a tres presupuestos que desarrolla JAKOBS desde la perspectiva de la pura normatividad y que son los siguientes⁹⁶⁰: 1. El Derecho se traduce en los contactos sociales entre personas como aquello que es correcto y aceptado (normatividad pura). 2. Aquello que es aceptado como lo correcto se lleva a la vida práctica de la sociedad a grandes rasgos (normatividad realizada). 3. El núcleo del Derecho que se encuentra vigente radica en el trato entre seres humanos (facticidad pura).

Es interesante mencionar la manera en la que JAKOBS, en el punto 3, emplea la terminología de “seres humanos” (criterio biológico) y no de “personas” (concepto

⁹⁵⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 39.

⁹⁵⁵ En este trabajo no abordaremos la temática del terrorismo individual.

⁹⁵⁶ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 45.

⁹⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 45.

⁹⁵⁸ *Vid.* capítulo II del presente documento.

⁹⁵⁹ PAWLIK, Michael, “El terrorista y su derecho”, op. cit., pág. 146.

⁹⁶⁰ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, op. cit., pág. 14.

social-funcionalista). Con ello se subraya que ser humano y persona no son parte del mismo concepto debido a que tienen naturalezas ontológicas distintas. Por lo que respecta a los otros dos elementos hemos de partir del carácter esencial de la norma que se observa claramente como parámetro conforme al que las personas han de conducir ciertos aspectos de la vida (hay infinidad de aspectos de la vida humana en los que el Derecho penal no tiene derecho a la injerencia) ello se ve reflejado en la normatividad pura del punto número uno. Por lo que respecta a la normatividad realizada del punto número dos, es simplemente aterrizar esa normatividad que se ve tan abstracta a la vida del ciudadano de a pie. De esta manera se construye el engranaje de la sociedad inmersa en el universo de los contactos sociales anónimos.

Los anteriores planteamientos obligan a mirar en retrospectiva y tener presente que la norma, como modelo de orientación, emana de la propia sociedad. La distribución de roles y, por ende, de funciones en las que se micro divide la realidad social es fuente de lo “socialmente correcto”. De dicha sociología abstracta hemos de transformar ese esquema social de expectativas en una entidad conceptual compacta, asequible y sustentada con claridad. Ello es la vigencia de la norma, entidad a la que el terrorismo ha de vulnerar como objetivo sistémico por excelencia.

1. Vigencia de la norma y actividad terrorista

El concepto de vigencia de la norma, como lo señala POLAINO-ORTS, es multívoco⁹⁶¹. La conceptualización del modelo de orientación y su vigencia es el eje alrededor del que gira toda la construcción funcionalista⁹⁶².

La norma como producto interesa a la sociedad en cuanto a su mantenimiento porque ello implica la estabilidad misma de la propia sociedad⁹⁶³. POLAINO-ORTS lo resume claramente al estimar que el cuestionamiento en la vigencia de la norma y su restablecimiento como respuesta a dicho cuestionamiento constituyen el principio y el fin del Derecho penal⁹⁶⁴.

Decimos que el terrorismo ha de incidir directamente en dicha vigencia porque la norma en su núcleo posee expectativas normativas que la sociedad ha configurado como válidas. Las acciones terroristas de conformación sistémica, como desautorización, comunican la irrelevancia del conjunto de expectativas normativas fijado por las personas en sociedad, buscando imponer una nueva concepción del mundo normativo. Es un combate en el plano de lo abstracto y lo normativo. Las personas tienen el Derecho a sentirse seguras que la defraudación a las expectativas durante los contactos sociales será excepcional. De otra manera la persona no podría desarrollar su personalidad libremente. El sujeto puede actuar en sociedad con la seguridad calculada de que serán respetadas las expectativas, en esto consiste la seguridad jurídica, así existe de antemano una confianza en que la conducta de los demás será conforme a Derecho⁹⁶⁵. Ello tiene su fundamento en el principio de la

⁹⁶¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma”, op. cit., págs. 64 y 65.

⁹⁶² POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma.”, op. cit., pág.62.

⁹⁶³ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 53.

⁹⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma”, op. cit., pág.62.

⁹⁶⁵ REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, op. cit., pág. 162.

libertad del hombre conforme a HEGEL, donde el límite de la libertad ha de iniciar donde la libertad por la existencia del otro sujeto comienza.

El quebrantamiento a esa vigencia orientadora es trascendente debido a que desestabiliza el soporte formal de las expectativas. El sujeto ya no puede seguir confiando en que su expectativa sigue siendo válida. Por ello el Derecho habrá de reaccionar de alguna manera para poder contrarrestar el efecto producido por el terrorista al conformar la organización. Será sólo a través de la pena que el Derecho confirmará la protección en la vigencia del modelo de orientación⁹⁶⁶. De esta manera el esquema social que la organización terrorista ha buscado imponer, a través de la desestabilización que comunicativamente quiere producir, puede ser neutralizado porque el Estado “levanta la mano” y ratifica que la norma que se trató de vulnerar sigue existiendo.

Bajo este orden de ideas las acciones llevadas a cabo por la agrupación criminal habrán de carecer de todo sentido normativo, ya que el subsistema Derecho penal se autoreproducirá respondiendo a las amenazas de su entorno. Ello en terminología pura y dura de LUHMANN. El problema sistémico que plantea el terrorismo indaga un entorno donde lo imperante no sea el acuerdo normativo de la mayoría, es decir, de la ciudadanía, sino que, en terminología de JAKOBS, lo que se persigue es el imperio del quebrantamiento de dicha norma⁹⁶⁷. Esto permitirá a la organización terrorista poner sobre la mesa el planteamiento de un nuevo modelo de orientación, lo que se traduce en la finalidad política del terrorismo. Cuando la organización terrorista ha quedado configurada, ya por el sólo hecho de haberse organizado objetivamente, se materializa un importante planteamiento de una sociedad distinta, renunciando a la norma establecida, planteando un modelo normativo, y por ende social, alternativo⁹⁶⁸.

En este sentido, hay que hacer una aclaración importante; como ya se mencionó anteriormente en este trabajo, los ciudadanos tienen en todo momento el Derecho a proponer un cambio en el modelo social dentro del cual se encuentran adscritos, pero este planteamiento depende de una cuestión de naturaleza formal. Quiere decir ello que para que una persona, grupo de personas o un pueblo entero pueda proponer un cambio político, ello ha de ser a través del pacto democrático. Esta es la razón por la que la insurrección revolucionaria es un delito. Lo mismo sucede con el terrorismo. Un grupo de personas tienen el Derecho de asociarse con la finalidad política que crean más conveniente. No obstante, estructurar una organización que tenga como modo de actuación una serie de mecanismos violentos proyectados hacia la alteración de una situación política de una región o de un país entero no es tolerable. La violencia no puede ser aceptada por el Estado salvo cuando este la regula legalmente a través de la aplicación de penas, medidas de seguridad o normas de policía. El Estado deberá entonces estar listo para responder ante los cuestionamientos violentos de la estructura conformadora del mismo, es decir, de la sociedad. La pena será la respuesta⁹⁶⁹. Sin embargo, no es la única. Incluso como señala SANZ MORÁN, para JAKOBS las medidas

⁹⁶⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, (coord.), *Libro homenaje*, op. cit., pág. 24.

⁹⁶⁷ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal?”, op. cit., pág. 54.

⁹⁶⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal?”, op. cit., pág. 55.

⁹⁶⁹ “El hecho y la pena se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad; la pena, la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura”, en Günther, JAKOBS, “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, op. cit., pág. 55.

de seguridad cumplen una función secundaria preventivo-general de confirmación de la vigencia de la norma cuando la medida pertenezca a la categoría de medidas complementarias de la pena⁹⁷⁰, una función ciertamente inferior a la pena, pero que sigue teniendo un efecto importante a nivel de mantenimiento del sistema normativo. Existe modernamente para parte de la doctrina, un evidente acercamiento entre penas y medidas de seguridad sin que por ello haya que descuidar la separación entre dichas categorías⁹⁷¹.

¿Por qué es tan importante combatir normativamente a la organización terrorista a través del restablecimiento de la vigencia de la norma? Ello se debe a que sin esta respuesta, la concepción de la persona misma queda en entredicho. Sin el mantenimiento de la norma vigente no es posible conservar la subjetividad en cuanto a condiciones de la misma⁹⁷². La organización terrorista es antagónica frente al ciudadano. El terrorismo niega el estatus de ciudadanía a todos los no terroristas. Tan niega al ciudadano que le “da igual” su aspecto existencial. Da lo mismo si los ciudadanos viven o mueren, es decir, se instrumentaliza la vida de las personas.

La víctima es el sujeto que vive, no el que muere⁹⁷³. Éste es uno de los elementos comunicativos, un símbolo⁹⁷⁴ que caracteriza al delito en cuestión. Al considerar al resto de la comunidad como un mero objeto que puede ser eliminado, sin ningún tipo de miramiento ni consideración, se dibuja la naturaleza comunicativa del mensaje terrorista. De forma indirecta su desautorización y desestabilización normativa se extiende a debilitar la propia existencia de aquellos que en algún momento fueron compañeros en ciudadanía (nadie nace siendo enemigo en una democracia). El ataque terrorista comunica axiológicamente que para la organización, la vida humana ocupa un estrato inferior en su escala de valores⁹⁷⁵. Lo mismo ocurre al momento de conformarse el delito de organización. Entre un atentado y la conformación de la organización terrorista sólo hay diferencias en el plano de lo fenomenológico. El atentado comunica que el ambiente pacífico del mundo puede llegar a su fin⁹⁷⁶. Bajo este esquema, entonces, también la conformación organizativa del terrorismo implica una amenaza para la paz.

⁹⁷⁰ SANZ MORÁN, Ángel José, “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 977.

⁹⁷¹ SANZ MORÁN, Ángel José, “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en Francisco BUENO ARÚS / Helmut KURY / Luis RODRÍGUEZ RAMOS / Eugenio Raúl ZAFFARONI (dir.) / José Luis GUZMÁN DÁLBORA / Alfonso SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, pág. 1087.

⁹⁷² GONZÁLEZ RIVERO, Pilar, “Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), *Libro homenaje*, tomo I, op. cit., pág. 296.

⁹⁷³ Vid. capítulo I del presente trabajo de investigación.

⁹⁷⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma, el potencial de sentido de un concepto”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. II, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pág. 65.

⁹⁷⁵ “Plateada la disputa entre quienes consideran que la vida es el valor supremo y quienes juzgan que hay otros valores por encima de ella, parece casi forzada la opción entre una u otra concepción; y, a la vez, la calificación de la primera como una concepción materialista en cualquiera de sus niveles, y, la segunda, como una concepción espiritualista; en la medida en que se reduce al hombre a la vida temporal o se admite la primacía del bien común u otra vida más allá de la muerte”, en Jorge MOSSE ITURRASPE, *El valor de la vida humana*, 3ª. edic. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 21.

⁹⁷⁶ PAWLIK, Michael, “El terrorista y su derecho”, op. cit., pág. 142.

Volviendo a la negación de la norma en vigencia, el mantenimiento de la expectativa de una vida en paz y del orden social resultan ser entidades posibles de circunscribir dentro del orden público, situación que genera importantes dificultades en cuanto a su definición. Por ello el normativismo funcionalista se orienta para salir al paso a través de la propia vigencia de la norma lo cual aclara en cierta manera la cuestión que se ha debatido durante tanto tiempo. JAKOBS, principal artífice de esta teoría, trata especialmente la cuestión del terrorismo señalando que el combate ha de ir orientado hacia la consecución de fines de tipo policial como “un paso en la lucha por la seguridad”⁹⁷⁷.

Desde la perspectiva del autor alemán, misma que compartimos, lo que se sanciona con la norma correspondiente en materia de combate al terrorismo son los *actos preparatorios punibles*, en materia de asociaciones terroristas, debido a que dichos actos vulneran el orden público y en razón de ello se justifica su punición anticipada⁹⁷⁸. La organización terrorista, para otro segmento de la doctrina, ha de emitir una señal de intimidación hacia las autoridades, desde la perspectiva del terrorismo en un sentido clásico⁹⁷⁹.

Se discute en materia de combate a la criminalidad de gran escala, principalmente en los delitos de organización, que las acciones se han enfocado hacia el fenómeno en un sentido genérico y no a los sujetos como tales⁹⁸⁰. Ello desde nuestra perspectiva no constituye una posición frontal contra el problema, manteniéndose el discurso dentro de lo “políticamente correcto”. Al estimar que no existe un enfrentamiento contra los sujetos en particular se parte de una política criminal centrada en el sujeto como autor individual lejos de la concepción de los delitos de organización.

No existe realmente un criterio delimitador claro en cuanto a vulneración de la vigencia de la norma en este sentido, y por lo demás tampoco tiene demasiada trascendencia debido a que la literatura podría dedicarse durante años a debatir la cuestión. El Derecho y la realidad histórica van de la mano y el terrorismo organizado, como injusto, requiere de una respuesta rápida y eficaz por parte del subsistema Derecho. El sistema como tal, tendrá que reaccionar no solo con el medio más contundente (pena) comunicativamente hablando, sino también tendrá que hacerlo con la mayor velocidad posible. La razón de esta urgencia en la reacción es que, como toda “herida”, ésta debe de atenderse cuanto antes para evitar un potencial proceso infeccioso. Bajo la perspectiva de REHBINDER, “(...) la comunidad jurídica tiene que reaccionar ante la violación de la norma por medio del *staff* jurídico (...) con el fin de que la expectativa decepcionada de quienes habían confiado en la observancia de la norma no conduzca a la pérdida de la confianza en la realidad de esta norma (...). Aquí hay que subrayar que sólo la reacción del *staff* jurídico, como dice MAIHOFER, tiene la misión de la negación de la negación *hegeliana*⁹⁸¹”.

⁹⁷⁷ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, tomo II, op. cit., pág. 78.

⁹⁷⁸ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 78.

⁹⁷⁹ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, (coord.), *Libro homenaje*, tomo II, op. cit., pág. 520.

⁹⁸⁰ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 78.

⁹⁸¹ REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, op. cit., pág. 160.

La cuestión es que el nivel de defraudación de la expectativa es el mismo si se busca combatir una organización criminal, una macro organización criminal, o al megaterrorismo mundial. Lo que importa es que, en el momento del ataque, la norma ha sido cuestionada y por lo tanto la sociedad se encuentra en riesgo de desestabilización. La obstinación del delincuente organizado con orientaciones terroristas no facilita su tratamiento como persona en sentido funcionalista⁹⁸². Ello no quiere decir que al terrorista haya que tratarlo de manera inhumana. Simplemente debido al nivel de defraudación de la expectativa que ha desplegado habrá que aplicarle medidas especialmente asegurativas, lo cual es labor del Derecho penal del enemigo, mismo que consideramos oportuno en este momento establecer sus principales características de conformidad a la doctrina de mayor autorización:

a) *Adelantamiento de la punibilidad*. Se sustenta en un cambio de paradigma temporal de pasado a futuro⁹⁸³. En virtud de la peligrosidad que se manifiesta objetivamente habrá de sancionarse el hecho antes de que sea cometido sólo en supuestos perfectamente delimitados y de manera excepcional.

b) *Contundencia de la pena*. No habrá una reducción en razón del adelantamiento de la barrera de protección, situación que sí acontece en figuras como la tentativa o los delitos de peligro. La consecuencia jurídica permanece igual. En los tipos que dogmáticamente se pueden clasificar como de Derecho penal del enemigo debido a la peligrosidad e inseguridad cognitiva que representan, las penas suelen ser elevadas. En términos de dogmática pura se castigan los hechos como si fuesen delitos consumados pero en realidad constituyen actos preparatorios⁹⁸⁴.

c) *Cambio de paradigma de un Derecho de tutela a uno de lucha o combate*. La realidad histórica exige este tipo de normas y la dogmática funcionalista simplemente busca ordenarla correctamente y sobre todo establecer claramente sus límites. El Derecho penal de combate se aplica de manera excepcional para casos como el de terrorismo y fenómenos organizativos semejantes⁹⁸⁵. Las acciones criminales con elevado potencial desestabilizador requieren un tratamiento especialmente asegurativo.

d) *Reducción de ciertas garantías procesales*. Medidas que son de la máxima importancia para las autoridades en la vida práctica y que aplican a estos delitos de especial gravedad. En el caso de la delincuencia terrorista la medida de incomunicación que el legislador ha considerado necesaria para poder otorgar a las autoridades competentes facilidades en aras de una investigación eficaz es un ejemplo de ello⁹⁸⁶. De la misma manera hace unos años la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada para adherir la figura del arraigo para casos de delincuencia organizada⁹⁸⁷. Esto implica que el Derecho penal del enemigo no sólo es

⁹⁸² JAKOBS, Günther, "Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo", Günther, JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª. edic., Thomson-Civitas, Navarra, 2006, pág. 18.

⁹⁸³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 68.

⁹⁸⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 68.

⁹⁸⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 68.

⁹⁸⁶ Vid. el artículo 520bis 2, de la Ley de enjuiciamiento criminal.

⁹⁸⁷ Vid. artículo 16, párrafo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, "La autoridad judicial a petición del Ministerio Público, y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la Ley señale sin que pueda exceder de cuarenta días siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección

un asunto concerniente al Derecho sustantivo, sino que claramente existen medidas de esta naturaleza en el Derecho procesal⁹⁸⁸. En este aspecto la literatura ha sido especialmente crítica⁹⁸⁹.

e) *Orientación hacia la protección de la víctima*. Entendida esta como la visualización del análisis dogmático dirigido especialmente a la víctima. En el delito de terrorismo ello se puede apreciar claramente por lo que respecta al papel de las víctimas de dicha conducta antinormativa. El Derecho penal de especial aseguramiento demanda la protección de la víctima indirecta o mediata⁹⁹⁰. El propio Derecho penal ya emite a través de sus mecanismos un mensaje de protección⁹⁹¹. Simplemente consideramos que el Derecho penal del enemigo es especialmente comunicativo en cuanto a las víctimas del terrorismo organizado en su espectro como destinatarios del mensaje desautorizador emitido.

Dejando ahora los caracteres del Derecho penal del enemigo en su vertiente general, hemos de continuar con el tratamiento de la vigencia de la norma y su vinculación con la organización terrorista. En el caso que nos ocupa hemos de volver a JAKOBS y al entendimiento del objeto de tutela del Derecho penal: “(e)l fin del Estado de Derecho no es la máxima seguridad posible para los bienes, sino la vigencia real del ordenamiento jurídico, y, en la época moderna, la vigencia real de un Derecho que hace posible la libertad”⁹⁹². De manera clara se afirma que la vigencia dirige la orientación, esta es la vigencia real de la norma y no postulada solamente⁹⁹³.

Una entidad de hombres que se considere “Estado” debe procurar la seguridad de los ciudadanos. Tiene que permitir las condiciones conforme a las que los ciudadanos puedan actuar libremente. La creación de la organización terrorista interrumpe este ejercicio lícito de la libertad. La aplicación de los postulados del Derecho penal del enemigo se adecúa perfectamente a las exigencias de control sobre aquellos sujetos que pertenezcan, constituyan, organicen o dirijan las organizaciones terroristas; en breves palabras se aplica perfectamente a la conformación de organizaciones terroristas⁹⁹⁴.

de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga de la acción de la justicia. El plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de ochenta días”.

⁹⁸⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 69.

⁹⁸⁹ “La indudablemente deseable persecución penal de los delitos de terrorismo se convierte-en este contexto-en una excelente coartada para introducir en el ordenamiento jurídico-penal una serie de normas excepcionales, perfectamente innecesarias para la actuación del aparato coactivo, pero perfectamente útiles para introducir un hábito de flexibilidad en las garantías (...)”, en José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, “Crítica de la política del orden público”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *CPC*, núm. 16, EDESA, Madrid, 1982, pág. 81.

⁹⁹⁰ *Vid.* el capítulo I del presente trabajo.

⁹⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd, “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas” traducción de Luis M REYNA ALFARO, en Bernd SCHÜNEMANN / Peter-Alexis ALBRECHT / Cornelius PRITTWITZ / George FLETCHER, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, Grijley, Lima, 2006, pág. 22.

⁹⁹² JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 80.

⁹⁹³ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 80.

⁹⁹⁴ JAKOBS, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, pág. 298.

La importancia de delimitar la aplicación adecuada de los preceptos del Derecho penal del enemigo a ciertos tipos de conducta, responde a la propia naturaleza garantista de la doctrina que nos encontramos explorando. Es el sistema iniciado por JAKOBS en aquella polémica conferencia sobre la *criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*, en el año de 1985. En la etapa de conclusiones sobre dicha temática en la que se aborda el tema del terrorismo citamos textualmente lo siguiente, para no dejar lugar a dudas o a interpretaciones por parte de quien realiza el presente trabajo de investigación: “(...) el Derecho penal de enemigos tiene que ser también separado del Derecho penal de ciudadanos de un modo tan claro que no exista peligro alguno de que se pueda infiltrar por medio de una interpretación sistemática o por analogía o de cualquier otra forma en el Derecho penal de ciudadanos”⁹⁹⁵.

La perturbación que generan las organizaciones terroristas, en cuanto a su conformación y operación, es semejante, en el sentido de su influencia en la configuración normativa de la sociedad, a los delitos-fin para los que se ha constituido. Y ello sin perjuicio de que existan diferencias en cuanto a los criterios de imputación, situación que se ve reflejada en la existencia de diversos criterios en la punibilidad de ambas situaciones; la desestabilización es diferente cuantitativamente por lo que respecta a la pena y cualitativamente por los bienes jurídicos que lesiona. Sobre esta cuestión hemos de referir a las posiciones que consideramos más relevantes para nuestra investigación, correspondientes a POLAINO NAVARRETE, para quien el contenido de la norma se traduce en los bienes jurídicos, y la de JAKOBS para quien en el contenido de la norma se aloja una expectativa.

Resulta interesante para la temática por la que nos encontramos transitando las referencias que hace JAKOBS en su citada conferencia de 1985, acerca del empleo del concepto “clima”⁹⁹⁶ para expresar algunos de sus argumentos. El clima, según el diccionario, quiere decir, en una de sus muchas acepciones, “condiciones o circunstancias físicas, sociales, etc”. Ello tiene que ver con la medida en la que se vulneran las *normas de flanqueo*, objetivo esencial de la organización terrorista. Esta categoría de normas de flanqueo es de una importante trascendencia dentro de las cuestiones referidas al efecto desestabilizador en la conformación de la estructura delictiva. Tales normas son los modelos de orientación sobre los que descansa el resto de la estructura normativa de la sociedad, son la génesis normativa del Estado. Son normas originarias en relación a las normas de los delitos de lesión que son denominadas como normas principales⁹⁹⁷.

Las normas de flanqueo, como refiere su peculiar nombre, sostienen al Estado como si fuesen un molde normativo sin el cual la propia existencia del Estado está en riesgo.

El concepto de norma de flanqueo tiene una relación directa con el sistema de expectativas que la persona puede observar y reconocer⁹⁹⁸. Esto quiere decir que los participantes sociales pueden reconocer en el sistema normativo aquello que ha sido considerado como valioso por la sociedad ya sean las expectativas normativas y los bienes jurídicos. En la referencia a las normas de flanqueo se refleja una vinculación

⁹⁹⁵ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 323.

⁹⁹⁶ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 315.

⁹⁹⁷ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 314.

⁹⁹⁸ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 314.

cognitivo-normativa. JAKOBS lo explica al decir que ese componente cognitivo permite saber que en caso de un delito hay un Derecho que protege y que se encuentra a favor del afectado, al observarse la norma como un mecanismo de evitación de daños en nuestra esfera de autoadministración⁹⁹⁹. Eso es a lo que se refiere el Derecho penal del enemigo cuando emplea las herramientas asegurativas que posee contra la evitación de un daño por parte del terrorismo como organización.

En términos simples, el conocimiento sobre la vigencia de una norma que tutela la expectativa de un orden público pacífico, donde con elevadísima probabilidad no se privará de la vida a las personas por atentado terrorista (víctimas mediatas) y por otra parte se pueda salir a la calle con la seguridad de que con elevadísima probabilidad no se estarán conformando organizaciones terroristas que busquen una modificación en el aparato de poder a través de la violencia, permite actuar en ejercicio de las libertades ciudadanas. La seguridad en la vigencia de la norma es parte esencial de la democracia.

Anteriormente hemos referido a la existencia de las normas principales como aquellas que corresponden a los delitos de lesión, y las normas de flanqueo como elemento diferenciador. Bajo este orden de ideas, JAKOBS sostiene que la norma de flanqueo puede ser cuestionada, sin que ello requiera la lesión previa en la norma principal, ello de la siguiente manera que nosotros aplicaremos directamente en el caso de la organización terrorista. Cuando se conforma una organización delictiva ello comienza con una idea, las ideas no son punibles. Pero si esas ideas son transmitidas exteriormente por parte del autor y se exteriorizan actos preparatorios, entonces sí pueden ser punibles sin que esto implique una invasión en el mundo abstracto de las ideas que pertenecen al autor, y por ende ya puede entrar en acción el Derecho penal por lesión a la norma de flanqueo¹⁰⁰⁰. La exteriorización del comportamiento criminal, es decir, lo objetivo, desestabiliza.

Ello sucede exactamente en el caso de la organización terrorista. Por ello el tipo penal sanciona al promotor, al que constituye, al organizador y director, porque ellos pueden configurar mentalmente la realización de dichos verbos sin que ello sea problemático. Incluso en este mismo momento podemos pensar en conformar la organización terrorista más sanguinaria de todos los tiempos, pero mientras no haya la exteriorización y sobre todo lesión a la norma de flanqueo el hecho ha de permanecer impune. Finalmente la conformación de la banda u organización terrorista es punible como acto preparatorio aunque se sancione como si fuera consumado. Decimos preparatorio porque tendrá un elemento subjetivo específico como en nuestro caso que es conforme al artículo 571 subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

El concepto de la vigencia de la norma es central en la configuración normativa de la sociedad y representa un fenómeno sistémico complejo. Pensemos en un ejemplo en el que la cadena delictiva se completa al conformarse una organización delictiva con finalidades de imposición de un sistema marxista. Ello es así porque la conformación de la organización es un acto preparatorio. Incluso desde una dimensión temporal, se prevé (visión prospectiva) el daño en la vigencia de la norma principal, pero ya se ha presentado un daño en la norma de flanqueo (debido a la exteriorización que es la conformación de la banda que es a su vez un acto preparatorio). En caso del terrorismo

⁹⁹⁹ JAKOBS, Günther, "Criminalización", op. cit., pág. 315.

¹⁰⁰⁰ JAKOBS, Günther, "Criminalización", op. cit., pág. 316.

como organización, esta doble afectación normativa es lo que se sanciona a través de la pena contundente. JAKOBS lo resume de la siguiente manera “(l)a vigencia de las normas puede ser menoscabada por el anuncio de su futuro quebrantamiento; un anuncio semejante infringe una norma de flaqueo”¹⁰⁰¹.

Sobre esta temática también es necesario un estudio sobre el contenido de la norma no sólo como mecanismo protector de la expectativa a través de la norma principal o de flaqueo. El contenido del modelo de orientación puede estar también enriquecido por la teoría sobre la protección a bienes jurídicos (en el sentido valorativo-normativo, no en una acepción naturalística ajena a la dogmática penal), que como se ha visto no tiene problema en cuanto a su convivencia doctrinal¹⁰⁰². Nos adherimos a la opinión de POLAINO NAVARRETE en cuanto a considerar dicha convivencia desde la perspectiva del bien jurídico como una entidad de naturaleza normativa y rechazar el modelo de autoprotección de la norma de forma pura y dura¹⁰⁰³.

2. *La enemistad terrorista como generadora de inseguridad cognitiva*

El enfrentamiento conceptual es parte del sendero a seguir durante la investigación científica y bajo este principio diferenciador podemos conocer la naturaleza de las cosas. Este procedimiento ampliamente desarrollado fue seguido por HEGEL para la comprensión de la realidad. En un sentido semejante podemos situar estas dos categorías antagónicas pero complementarias a profundidad. La seguridad puede ser conocida a través de su opuesto, es decir, aquello que produce inseguridad.

El concepto de seguridad cognitiva va de la mano con el desarrollo analítico que hemos esbozado acerca de la vigencia de la norma en el apartado anterior. La seguridad cognitiva permite la libertad bajo un contexto social. Conocer acerca de la norma que tiene vida jurídica da pie a que el tránsito social se desarrolle ordenada y tranquilamente. La seguridad cognitiva se sustenta en prohibiciones que tienen una razón legítima de ser en pro de la convivencia ordenada en sociedad¹⁰⁰⁴. Un evidente ejemplo de ello es el caso de las organizaciones terroristas; la tranquilidad social no puede concebirse si en el entorno abundan las organizaciones terroristas. No obstante, para MIRÓ LLINARES el concepto de seguridad cognitiva que da fundamento al Derecho penal del enemigo, adolece de vaguedad e imprecisión¹⁰⁰⁵.

El ambiente de enemistad no permite la sociabilidad. Esto se debe a una razón meramente lógico-funcional; cuando el sujeto se adecua en alguno de los criterios de imputación del artículo 571, es decir, en cualquiera de las modalidades de la conducta, el sujeto queda *autoexcluido de la sociedad*. Este fenómeno es sabido y asumido por la organización terrorista. Saben sus integrantes que han creado un ser distinto al resto y

¹⁰⁰¹ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 324.

¹⁰⁰² Vid. página 212 del presente trabajo.

¹⁰⁰³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, op. cit., pág. 52.

¹⁰⁰⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 69.

¹⁰⁰⁵ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *CPC*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2ª época, núm. 87, Fascículo III, Madrid, 2005, pág. 218.

que están fuera de las pautas del juego social. La autoexclusión se produce por dos razones; la primera porque implica la toma de una decisión libre por parte del sujeto y en segundo lugar porque lejos de aportar seguridad genera todo lo contrario¹⁰⁰⁶.

La autoexclusión tiene estos efectos porque al conformar la organización criminal, los demás ciudadanos ya no identifican a esos sujetos como participantes en el proyecto común de sociabilidad.

La autoexclusión de los sujetos a través de la conformación de la organización criminal puede ser considerada como una exclusión colectiva, pero no en el sentido de la asunción de las distintas autoexclusiones correspondientes a cada uno de los miembros, sino de la entidad abstracta “organización terrorista”, que como tal, se excluye. Este fenómeno tiene una importante relación con la concepción social de los ciudadanos. Como señala JAKOBS, la vigencia de la norma no forma parte del Estado sino de la propia ciudadanía¹⁰⁰⁷. Es por ello que la respuesta contrafáctica que transita por el filtro del Estado-la pena-es una consecuencia de la vulneración a las expectativas sobre las que la sociedad se encuentra conformada. Ello, desde nuestro punto de vista, constituye parte esencial de la autoexclusión, de ahí el rechazo generalizado del terrorismo en la gran mayoría de las sociedades contemporáneas.

La organización criminal ha perdido la capacidad de orientarse conforme a la norma debido a que no hay un soporte cognitivo hacia la misma¹⁰⁰⁸. Puede hablarse de una transformación, un cambio radical de un extremo de la norma a otro. Desde su aceptación al rechazo y consecuente autoexclusión. Al suceder esto JAKOBS señala que ocurre una mutación para convertirse en una fuente de peligro¹⁰⁰⁹, de tal suerte que la enemistad generada, y la consecuente autoexclusión de la organización, representan un foco de peligro.

La autoexclusión, vista desde la otra cara de la moneda, implica la pérdida de la calidad de persona¹⁰¹⁰, en el sentido funcionalista, precisamente por haberse configurado libremente como enemigo. Ello tiene su fundamento en la teoría del rol ya que los miembros de la organización han faltado al rol en su correspondiente segmento que alberga el conjunto de obligaciones que tiene cada ciudadano¹⁰¹¹. Pero no se debe de pensar que todo incumplimiento del rol en sus cualidades obligacionales genera la enemistad. Para ello es interesante la definición de enemigo que acuña POLAINO-ORTS, misma que por considerarla esencial nos permitimos transcribir textualmente:

“Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide de mutuo propio, autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose a sí mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que- precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo

¹⁰⁰⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 186-187.

¹⁰⁰⁷ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 81.

¹⁰⁰⁸ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 81.

¹⁰⁰⁹ JAKOBS, Günther, “¿Terroristas como personas en Derecho?”, op. cit., pág. 82.

¹⁰¹⁰ “Las personas son aquellos sujetos que, en un ámbito de mínima seguridad, cumplen con sus obligaciones y disfrutan de sus derechos”, en Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 187.

¹⁰¹¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 187.

integral del resto de ciudadanos (personas en Derecho)- ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el respeto de las demás personas y-en consecuencia-la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma”¹⁰¹².

Bajo este orden de ideas se puede adecuar la problemática de la falta de seguridad cognitiva que genera el terrorismo al organizarse y la decepción que se puede generar por parte del ciudadano si el acto se mantiene impune. Por ello, en regiones de distintos países donde la impunidad es la regla y el crimen organizado el modelo asociativo común, la expectativa que en un principio rechazaba la “constitución de organizaciones terroristas” se va extinguiendo poco a poco. Si el sistema no reacciona oportunamente se corre el riesgo que la norma a pesar de estar vigente formalmente, no sea una norma viviente, es decir, que se respete en la vida real y cotidiana, sede del sistema de roles sociales.

La inseguridad cognitiva de la organización terrorista mueve violentamente el tablero del ajedrez social. Incide en el sistema de roles puestos en práctica cotidianamente, es decir, en el haz de derechos y obligaciones de cada persona, que no es otra cosa que el rol que tiene cada ciudadano para administrar su vida en un momento histórico determinado. Si lo dominante son las bandas de criminales ¿cómo sabrá el sujeto que el cumplimiento de sus obligaciones de seguridad mínima tienen valor? este fenómeno altera el normal funcionamiento de los roles. Un ejemplo de ello se presenta en el País Vasco, donde familiares de las víctimas del terrorismo no pueden salir libremente a la calle a exigir justicia o a organizarse sin recibir amenazas o incluso atentados. Lo mismo sucede con las organizaciones criminales en México y en general en el mundo, donde encuentra cabida el potencial desestabilizador que va mermando el tejido social.

La seguridad cognitiva es la fibra que da resistencia al hilo con el que se teje la sociedad. Si no hay seguridad puede haber un hilado firme pero sólo en apariencia y cuando se presente algún conflicto sistémico se habrá de desgarrar con facilidad. Donde hay una sociedad insegura cognitivamente, hay una sociedad vulnerable. Este ambiente resulta propicio, como caldo de cultivo, para que las organizaciones criminales de distinta naturaleza, florezcan. Por ello donde hay degradación del tejido social hay un aumento importante en los índices de delincuencia.

En el núcleo de la seguridad cognitiva se contiene una relación entre persona y mundo social¹⁰¹³. Lo anterior se debe a que la norma como mensaje comunicativo orientador, sólo puede llevarse a cabo entre personas. El enemigo no es confiable comunicativamente porque simplemente no le interesa el mensaje orientador de la norma. El miembro de la organización terrorista tiene sus propias reglas que son las únicas que valen para él y las habrá de imponer a toda costa. En la caso del delito que nos ocupa, dicha imposición se hace a través de las conductas asociativas contenidas en el tipo.

¹⁰¹² POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 192.

¹⁰¹³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 234.

¿Qué sucede cuando se configura objetivamente la organización terrorista, desde el prisma de la seguridad cognitiva? Parte de la respuesta es que se transita de un modelo de seguridad cognitiva a uno de inseguridad cognitiva generándose dos efectos conforme a la doctrina más especializada en esta materia: Se presenta una pérdida en el sentido del modelo de orientación y se encuentra desprotegido jurídicamente¹⁰¹⁴. Pero hay que ser cuidadosos en el lenguaje que se emplea; no es lo mismo la inseguridad cognitiva que la sensación de inseguridad. Esta última es compleja en cuanto a su depuración conceptual y va ligada a la percepción ciudadana sobre la criminalidad lo cual implica sumergirse en la vaguedad entre lo personal y lo social¹⁰¹⁵.

La inseguridad es compleja, a su vez, debido a que se nutre del subjetivismo absoluto que implica el “sentir miedo”, y ello ha generado la clasificación del miedo en *difuso* y *concreto*. El primero se fundamenta en una percepción ciudadana del delito como algo lejano a sus vidas, como productor de inseguridad social general y sólo con posibilidades de afectación en particular, el segundo quiere decir que se experimenta cercana y seriamente la inseguridad en la vida, de forma mucho más sólida¹⁰¹⁶. Ello en realidad tampoco arroja mucha luz, pero comprendemos la dificultad en el acotamiento. No obstante sí permite conocer que el miedo es gradual y que debe analizarse cuidadosamente y más aun cuando es importante para establecer límites en la aplicación de un Derecho de especiales medidas asegurativas.

Durante los últimos años los gobiernos occidentales han subrayado la necesidad de implementar políticas públicas orientadas a la disminución de riesgos¹⁰¹⁷, políticas que muchas veces tratan de abarcar panorámicamente la problemática sin resolver nada en la realidad concreta.

Un ejemplo que puede ilustrarlo claramente es el empleo de militares en ciertas zonas conflictivas del norte de México donde estos imponen a los automovilistas, la obligación de detenerse para efectos de una revisión, tanto del vehículo como de la persona. La política del gobierno es burda ya que en un país tan grande el control territorial no puede desarrollarse así, y menos cuando se enfrentan a las mafias más poderosas del planeta; la delincuencia siempre encontrara otro camino por donde traficar. De esta manera los retenes no disminuyen el riesgo -por lo que respecta al tráfico de drogas o armas- y, por el contrario, eleva dramáticamente el nivel de riesgo de abuso por parte de militares hacia civiles. El contacto entre militares y civiles implica un elevado riesgo para los segundos¹⁰¹⁸.

En múltiples ocasiones el gobierno, en aras de satisfacer la demanda de la gente u otra clase de intereses, ignora las consecuencias colaterales de dichas acciones orientadas hacia la disminución del riesgo¹⁰¹⁹ yantes bien al contrario se generan

¹⁰¹⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 235.

¹⁰¹⁵ RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 16-17

¹⁰¹⁶ RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, op. cit., pág. 30.

¹⁰¹⁷ SUNSTEIN, R. Cass, *Riesgo y razón, seguridad, ley y medio ambiente*, traducción de José María LEBRÓN, Katz, Buenos Aires, 2006, pág. 19.

¹⁰¹⁸ Este tipo de situaciones ha generado que los militares hayan privado de la vida a varios civiles lo que demuestra el incremento del riesgo que generan este tipo de políticas de combate empleadas bajo el gobierno del presidente Felipe CALDERÓN HINOJOSA. Vid. [www.jornada.unam.mx/2007/06/04/index .php?section=politica&article=014n1pol](http://www.jornada.unam.mx/2007/06/04/index.php?section=politica&article=014n1pol).

¹⁰¹⁹ SUNSTEIN, R. Cass, *Riesgo y razón, seguridad, ley y medio ambiente*, op. cit., pág. 19.

mayores peligros y costos para el propio Estado. En síntesis, así sucede en la política mexicana orientada a la disminución de los riesgos generados por el tráfico de droga y armas a través de la implementación de retenes militares en el norte del país, que es costosa, no reductora de riesgos sino, paradójicamente, potencializadora de los mismos.

El ejemplo mexicano es sólo uno de los múltiples escenarios que existen en la realidad de nuestras culturas, todo -como se ha mencionado- en aras de una mayor seguridad, pero ¿en realidad hay amenazas que nos acechan y son tan graves como exponen los medios de comunicación?, ¿la anonimidad de los contactos sociales son verdaderamente tan riesgosos? Exploraremos esta problemática a continuación. Estas preguntas nos hacen reflexionar, sin tratar de caer en lugares comunes, sobre la forma en la que los Estados desean mantener a sus sociedades bajo control. Lo anterior, desde nuestro punto de vista, es muestra de una política estatal orientada hacia el miedo -promoviéndolo a través del combate o generándolo directamente- y el consumismo. Lo que interesa a los grandes capitales mundiales es que las sociedades “no se muevan mucho” y que siempre consuman, por ello el miedo también es lucrativo¹⁰²⁰. Sectores de la sociedad son observados como consumidores y si no hay posibilidades de consumo entonces se generará la exclusión social¹⁰²¹, esta concepción capitalista extrema es lo que tiene a la sociedad mundial sumida en un malestar general y en un constante pesimismo social. Estos elementos, aunque parezcan lejanos a nuestro tema de la sociedad de riesgos, resultan ser ingredientes que son combustible idóneo para desencadenar conflictos; las personas al ser continuamente frustradas, agredidas y limitadas se vuelven agresivas.

El riesgo y el miedo han sido dos elementos que han acompañado al ser humano durante toda su historia¹⁰²². Ambos fenómenos no desaparecerán. No obstante, los Estados tienen la obligación de administrar ese miedo, de tal suerte que sea lo menos desgastante para los ciudadanos.

Después de esta breve reflexión, debemos de retomar el cauce teórico por el que nos hemos decidido transitar. La moderna sociedad debe de afrontar el miedo social, a través del reforzamiento de las expectativas, es decir, a través de la seguridad cognitiva. El Estado ha de generar por medio de una política criminal responsable un *blindaje* para las expectativas a través de la pena contundente como herramienta típica del Derecho penal del enemigo¹⁰²³. De esta manera, a través de las políticas de combate, y a su vez, a causa del temor, se refuerza la autoridad del sistema¹⁰²⁴.

¹⁰²⁰ En este sentido se pronuncia Ulrich BECK al afirmar “El miedo condiciona la vida. La seguridad desplaza a la libertad (...) La “economía del miedo” se enriquece con la crisis de nervios general. El ciudadano desconfiado y receloso agradece que se le escanee, radiografíe, registre e interrogue en pro de su seguridad» en, Ulrich BECK, *La sociedad de riesgo mundial, en busca de la seguridad perdida*, traducción de Rosa S CARBO, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, pág. 26.

¹⁰²¹ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero, estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Editorial Virus, Barcelona, 2005, págs. 20-22.

¹⁰²² BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo mundial, en busca de la seguridad perdida*, traducción de CARBO S Rosa, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008, págs. 20-22.

¹⁰²³ Sin embargo, como señala SANZ MORÁN, la doctrina de KUNZ establece que las penas extraordinariamente elevadas rompen con el principio de culpabilidad y se encuentran revestidas de un incremento en cuanto a la calificación del grado de peligrosidad, en Ángel José SANZ MORÁN, “De nuevo sobre el tratamiento”, op. cit., pág. 1093.

¹⁰²⁴ RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, op. cit., pág.41.

Pero dicho blindaje ha de erigirse sólo en presencia de una inseguridad real-cognitiva- y no de un mero sentimiento de inseguridad. La inseguridad real afecta verdaderamente a los ciudadanos y no es un mero sentimiento más o menos generalizado de inquietud o temor¹⁰²⁵. Las organizaciones terroristas producen una inseguridad real y no vaga o simulada. Esta exigencia sirve como filtro para depurar la excepcionalidad en cuanto a la aplicación del Derecho penal del enemigo¹⁰²⁶. El nivel de inseguridad cognitiva puede ser de tal magnitud que se genere un efecto diametralmente opuesto al de la expectativa normativa, ello sería la *expectativa de inseguridad*. Este poco explorado concepto tiene relación directa con la posibilidad de ser víctima de un delito¹⁰²⁷, pero ello ha de producirse sólo cuando el tejido social se encuentra en una fase profunda de decepción normativa, a tal grado que sistema de expectativas se descompone y por ende se invierte el concepto.

La expectativa de inseguridad se deposita en el ciudadano debido a la posibilidad de ser víctima del delito¹⁰²⁸, en otras palabras: este fenómeno genera una victimización anticipada. Ello ha de estimarse gradualmente ya que el Derecho penal del enemigo entrará en operación, cuando la expectativa ha señalado la posibilidad real y concreta de ser víctimas de un delito, ello es el *quid* del asunto y tiene que ver con el estatus comprobado del enemigo como concepto normativo-objetivo.

3. *Efectos derivados del ataque a la seguridad cognitiva por parte de la organización terrorista*

En terminología de POLAINO-ORTS, se produce una erosión en la vida social a través de la lesión en la seguridad cognitiva conforme a tres diferentes criterios¹⁰²⁹.

a) *Pérdida de confianza en la norma*. La seguridad cognitiva tiene como fundamento precisamente la confianza sobre el modelo de orientación que sigue estando vigente¹⁰³⁰. En otras palabras no habrá impunidad si se vulnera; es lo que JAKOBS subraya con insistencia sobre el carácter reafirmador de la pena¹⁰³¹. La seguridad cognitiva aunque parezca un concepto abstracto y complejo tiene un doble efecto absolutamente práctico, mismo que consiste en que los ciudadanos saben que serán protegidos en su esfera de derechos, y que los otros miembros de la comunidad se seguirán orientando por la norma¹⁰³². Si este segundo efecto no fuese así, entonces ante

¹⁰²⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 236. Otras clasificaciones semejantes sobre la inseguridad exploran dos categorías: inseguridad objetiva y subjetiva, correspondiendo la primera a hacia un riesgo real e identificado, mientras que la segunda a la sensación individual de incertidumbre y temor que experimenta el sujeto, en Anna HUESCA GONZÁLEZ / Elena ORTEGA ALONSO, *La percepción de inseguridad en Madrid*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2007, pág. 27.

¹⁰²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 236.

¹⁰²⁷ HUESCA GONZÁLEZ, Anna / ORTEGA ALONSO, Elena, *La percepción de inseguridad en Madrid*, op. cit., pág. 29.

¹⁰²⁸ HUESCA GONZÁLEZ, Anna / ORTEGA ALONSO, Elena, *La percepción de inseguridad en Madrid*, op. cit., págs. 29-30.

¹⁰²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 243.

¹⁰³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 243-244.

¹⁰³¹ CARO CORIA, Carlos, "Presentación", en Günther JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ / Enrique PEÑARANDA RAMOS / Marcelo A SANCINETTI / Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, Palestra Editores, Lima, 2000, pág. 12

¹⁰³² POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 244.

cualquier ataque a la norma se generaría una suerte de reacción social en cadena que terminaría por descomponer absolutamente el tejido social. Y para ello basta pensar en poblaciones del México fronterizo, como Ciudad Juárez en el Estado de Chihuahua, donde el nivel de desconfianza sobre el cumplimiento y la vida de la ley es tal que ya no es noticia nueva sino que por el contrario la impunidad, es decir, la defraudación es lo habitual. Los habitantes lo aceptan con resignación, especialmente los familiares de los llamados *feminicidios*¹⁰³³. Las personas para poder vivir en sociedad tienen que saber que sus semejantes han de conducirse también como personas en Derecho¹⁰³⁴. La seguridad cognitiva ha de ser el amparo a los ciudadanos por parte de la norma¹⁰³⁵, lo cual posee un importante contenido de consideración humanista hacia la seguridad ciudadana como un aspecto fundamental en la vida de la persona.

En un ejemplo: debido a la constitución de células pertenecientes a una macro organización terrorista el sistema comienza a convulsionarse y los ciudadanos se ven profundamente afectados en su vida cotidiana. De ahí la importancia en el mantenimiento de la seguridad cognitiva, como vehículo de seguridad existencial de los sujetos y es responsabilidad de la ley mantener las condiciones mínimas de sociabilidad.

HART lo explica con claridad al hablar de la misión orientadora de la norma penal hacia la conducta humana y que con independencia de los deseos de los sujetos la norma habrá de aplicarse¹⁰³⁶.

La norma es ante todo un medio a través del cual se protege la vida de la sociedad y por ende la de los ciudadanos mismos. En el caso de las organizaciones terroristas, la vida de los ciudadanos se ve severamente afectada, y no debe de existir ningún valor social que se encuentre por encima de la vida como entidad alrededor de la que giran los demás bienes jurídicos. En cuanto a la confianza en la norma, esta se traduce al final del día en la vigencia de la norma misma, ello porque si ningún ciudadano deposita su confianza en el modelo de orientación, entonces la norma ya no tiene sentido en cuanto a su existencia. Podrá existir formalmente debido a que ha sido adoptada mediante un procedimiento legislativo determinado y regulado por la ley, pero dicha entidad carecerá de contenido material, carecerá de la expectativa en el mundo real. ALCÁCER considera que la vigencia de la norma se fundamenta en una expectativa de confianza de los ciudadanos que por medio del Derecho habrán de comportarse y no se presentarán lesiones a bienes jurídicos, ello es considerado como cierto grado de seguridad cognitiva¹⁰³⁷. Opinamos que efectivamente la confianza en la seguridad que otorga el Derecho sobre la protección a bienes jurídicos es esencial para la vigencia de la norma, pero no estamos de acuerdo en la afirmación de que esto implica sólo cierto grado de seguridad cognitiva, sino que es en sí el núcleo de la seguridad cognitiva.

¹⁰³³ WASHINGTON VALDEZ, Diana, *Cosecha de mujeres*, op. cit., pág. 89.

¹⁰³⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 244.

¹⁰³⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 244.

¹⁰³⁶ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, pág. 34.

¹⁰³⁷ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, "La tentativa inidónea: El límite mínimo de lesividad y los fines del Derecho penal. Análisis a partir del caso del fuego en casa vacía (Sentencia del Tribunal Supremo de dos de junio de 2000)", en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) / Samuel RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010, pág. 146.

La seguridad cognitiva es esencial para comprender los extremos del Derecho penal del enemigo. BALMECEDA y HENAO citan a múltiples autores españoles, como GRACIA MARTÍN y ellos se adhieren a la opinión del profesor español que afirma que los comportamientos que se encuentran dentro de las categorías de Derecho penal del enemigo producen una “mínima seguridad cognitiva”¹⁰³⁸. No compartimos tan respetable opinión, en el sentido que la intensidad en la seguridad cognitiva no es siquiera mínima. Por el contrario, la inseguridad generada debe ser de la máxima entidad para que sea considerada como una situación en la que deban de entrar en funcionamiento los mecanismos del Derecho penal del enemigo. La organización terrorista no aporta ni siquiera una mínima seguridad cognitiva, ello se demuestra con la pena tan contundente que el legislador ha considerado necesaria para que precisamente la norma no sea vulnerada en su parte cognitiva. Si esto no fuera así la pena no sería tan elevada.

La confianza en el Derecho representa el nuevo eje central en la concepción del Derecho penal funcionalista¹⁰³⁹ y también lo es, por ende, del Derecho penal del enemigo que nace y se alimenta del moderno Derecho penal funcionalista.

Si nos centramos en el fenómeno terrorista, como tema central de nuestra investigación, resulta válido elaborar el siguiente cuestionamiento ¿hay alguna relación entre la pérdida de la confianza en la norma y el miedo? Aunque sean dos temas de muy diferente naturaleza, porque el primero es objetivo-normativo y el segundo es generalmente subjetivo; en materia de terrorismo el miedo es una reacción ante procesos externos que ponen en riesgo la estabilidad del sistema psíquico (sujetos).

Para parte de la doctrina especializada en terrorismo, el miedo tiene una vinculación importante con ámbitos como la memoria y el aprendizaje¹⁰⁴⁰. Lo anterior tiene sentido porque en un contexto práctico, las víctimas de las organizaciones terroristas suelen tener importantes afectaciones para el resto de sus vidas, temática victimológica de gran interés pero que no podemos abordar en este momento. Pero también desde un punto de vista sistémico al defraudar la confianza en la norma, si esta no es restablecida y los terroristas neutralizados, se emite un mensaje importante. Este mensaje quiere decir al resto de la población que los próximos en sufrir las consecuencias de una acción criminal puede ser cualquiera¹⁰⁴¹, este es el punto neurálgico de la pérdida en la confianza de la norma. Si la organización terrorista queda impune en su conformación conforme al tipo del artículo 571, el segmento de la sociedad donde la organización tiene su campo de acción se encontrara continuamente amenazada, bajo un estado de incertidumbre. En consecuencia si esto sucede habrá de producirse la pérdida en la confianza de la norma y los ciudadanos carecerán de libertad¹⁰⁴². Para POLAINO ORTS, la seguridad cognitiva es condición esencial del ejercicio de la personalidad¹⁰⁴³.

¹⁰³⁸ BALMECEDA HOYOS, Gustavo / HENAO CARDONA, Luis Felipe, *Derecho penal y postmodernidad. Algunas reflexiones sobre la aptitud del Derecho penal en el tratamiento de los conflictos contemporáneos*, Trabajo inédito, Salamanca-Bogotá, 2005, pág. 116.

¹⁰³⁹ FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004, pág. VIII.

¹⁰⁴⁰ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 273.

¹⁰⁴¹ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 277.

¹⁰⁴² “La libertad de que gozan los sujetos es una que lleva implícita el reconocimiento de los demás miembros del grupo (se vive en sociedad) como seres libres y por ende racionales, de tal forma que la libertad en sentido normativo, y de la mano de los planteamientos de la filosofía de HEGEL, es la

El terrorismo como modelo organizativo se circunscribe, con su actuar, dentro de los parámetros del Derecho penal del enemigo y, al no presentar un deber mínimo de civilidad, vulnera dos aspectos, uno objetivo que corresponde a los bienes jurídicos, en este caso el orden público, y otro subjetivo que es la confianza de los ciudadanos en la norma vigente¹⁰⁴⁴.

Como se puede observar, la pérdida en la confianza de la norma produce un efecto desestabilizador de alto impacto en la sociedad victimizada, por ello ponemos sobre la mesa la siguiente pregunta: ¿la erosión cognitiva en la confianza hacia la norma es una declaración de guerra al Estado? Los críticos del Derecho penal del enemigo se han deleitado como si le temieran al uso del lenguaje. Nos sumamos a JAKOBS cuando considera que al poseer el sujeto el status de enemigo se sitúa dentro de las acciones de guerra¹⁰⁴⁵. Dicho estado significa un continuo estado de lucha, por ello se ha pactado socialmente la paz en todos los pueblos: “Quien gana la guerra determina lo que es norma, y quien pierde ha de someterse a esa determinación”¹⁰⁴⁶, ésta es una verdad histórica irrefutable. En un contexto sociológico, el Estado ha ganado la guerra y ha impuesto las reglas, mismas que todos tienen el deber de respetar y el Estado tiene la obligación de mantener esa seguridad cognitiva en el orden normativo incluso a través de la fuerza legítima en su máxima expresión militar en el combate al delito¹⁰⁴⁷.

b) *Incapacidad normativa para orientar conductas.* La conformación de la organización terrorista como profundo evento desestabilizador tiene la capacidad de congelar el sentido comunicativo de la norma. Dicha comunicación tiene su génesis en la expectativa social que se concentra en la propia norma, de tal manera que el ciudadano carece de conocimiento sobre si dicha expectativa aún se encuentra con vida dentro del mundo social. El terrorismo cuestiona la vigencia de todo el Estado como tal, como entidad producto de la cosmovisión contemporánea de las personas. La organización criminal representa una permanente amenaza a la seguridad cognitiva¹⁰⁴⁸.

posibilidad que tiene el sujeto de configurar sus intereses siempre tomando en consideración la existencia libre del otro; de nuevo, el sujeto histórico, libre y autónomo tiene que “cargar sobre sus hombros” las consecuencias de su libertad, él tiene una tarea mínima para cumplir en sociedad, y esta no es otra que ser fiel al Derecho, la de contribuir al mantenimiento de las condiciones que precisamente le han facilitado su existencia libre, y en esa medida la de preservar esta posibilidad a los demás”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT / Jorge Fernando PERDOMO TORRES, “Funcionalismo y normativismo”, op. cit., pág. 90.

¹⁰⁴³ POLAINO-ORTS, Miguel, “Cuatro preguntas sobre el Derecho penal del enemigo”, en Carlos DAZA GÓMEZ (dir.), *El pensamiento filosófico*, op. cit., pág. 439.

¹⁰⁴⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, “Cuatro preguntas sobre el Derecho penal del enemigo”, en Carlos DAZA GÓMEZ, Carlos (dir.), *El pensamiento filosófico*, op. cit., pág. 440.

¹⁰⁴⁵ BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, “¿Por qué se debe penar? Günther Jakobs se pregunta qué posición ocupa el enemigo en el Ordenamiento jurídico”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en CARO José Antonio CARO JOHN / Reiner CHOCANO RODRÍGUEZ / Percy GARCÍA CAVERO / Julio MAZUELOS COELLO (dir.), *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, núm. 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2004, pág. 453.

¹⁰⁴⁶ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 41.

¹⁰⁴⁷ En México la Ley Orgánica de la Marina Armada de México establece en su artículo 2º lo siguiente: Artículo 2.- Son atribuciones de la Armada de México, las siguientes: IX. Garantizar el cumplimiento del orden jurídico en las zonas marinas mexicanas por sí o coadyuvando con las autoridades competentes en el combate al terrorismo, contrabando, piratería en el mar, robo de embarcaciones pesqueras, artes de pesca o productos de ésta, tráfico ilegal de personas, armas, estupefacientes y psicotrópicos, en los términos de la legislación aplicable. Resumiendo, en México el combate al terrorismo puede hacerse legítimamente a través de la armada.

¹⁰⁴⁸ ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, tomo I, op. cit., pág. 249.

La incapacidad normativa se traduce en la desprotección del ciudadano ya que no se sabe si en caso de defraudación de la expectativa, el Derecho habrá de cobijarlo¹⁰⁴⁹. El problema radica en que la incapacidad normativa se refleja cuando el ciudadano no sabe si todavía puede confiar en la expectativa que una vez estuvo resguardada por la norma, la protección de las expectativas sociales ya no es actual, sino que ha quedado superada por una manifestación individual desestabilizadora¹⁰⁵⁰. El terrorismo interrumpe el proceso de autorreproducción de la norma; esto quiere decir que si no hay intervención, la norma se conserva¹⁰⁵¹.

Bajo el orden de ideas de la incapacidad para orientar conductas, consideramos interesante la perspectiva de LUHMANN. Para el sociólogo alemán, dentro del subsistema Derecho se presenta un fenómeno de expectativa normativa respecto de otra expectativa normativa e ilustra de la siguiente forma “Así es como alguien que ve afectados sus supuestos derechos espera -en calidad de norma- que los demás apoyen su demanda. O cuando menos no se deja convencer por la indiferencia innegable de los demás, ya que en realidad ellos mismos “deberían” de responsabilizarse tomado partido por lo que está de conformidad con el Derecho, y no por lo discrepante”¹⁰⁵². El hecho que las personas lleven a cabo una rutina social basada en el juego correcto de las expectativas que los demás tienen depositados en estas, reduce la complejidad del sistema¹⁰⁵³. El sistema al ser menos complejo se puede comprender con mayor facilidad para el observador externo, pero también al interior del mismo los sujetos pueden orientarse de manera más sencilla.

Para PIÑA ROCHEFORT, la capacidad orientadora de la norma es parte de una trilogía compuesta por *rol*, *expectativa* y *norma*¹⁰⁵⁴, siendo esta última la materialización de la expectativa. La decepción es una perturbadora sorpresa para la expectativa, un rompimiento con el camino trazado que abre la puerta a los siguientes cuestionamientos: ¿Quién se ha equivocado? ¿Qué es lo que debe readecuarse, la expectativa defraudada o al defraudación de la expectativa?¹⁰⁵⁵ Cuestión interesante es la de explorar qué implicaciones tiene para la sociedad dicha defraudación y si se piensa en el caso de las organizaciones terroristas, el planteamiento resulta por demás interesante. La perturbación en la expectativa no sólo vulnera la norma misma que la contiene, si esto fuera así la defraudación se limitaría a ser un suceso meramente formal; pero en realidad lo que se decepciona es la propia estructura de la sociedad, debido a que el sistema de expectativas permite el correcto desarrollo de las operaciones sociales¹⁰⁵⁶. El terrorismo interrumpe de forma tan contundente este proceso social operativo que la norma pierde su capacidad para orientar conductas.

c) *Impedimento de juridicidad completa*. Para entender esta categorización es necesario llevar a cabo un correcto posicionamiento desde la perspectiva del observador. No se debe de mirar ya el quebrantamiento de la seguridad cognitiva desde la perspectiva del terrorista, sino desde la del ciudadano que se ve perturbado por dicha inseguridad cognitiva. Los ciudadanos ya no pueden tener confianza en que su status de

¹⁰⁴⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 246.

¹⁰⁵⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 246.

¹⁰⁵¹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 137.

¹⁰⁵² LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág.204.

¹⁰⁵³ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág.121.

¹⁰⁵⁴ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 183.

¹⁰⁵⁵ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 183.

¹⁰⁵⁶ PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol social y sistema de imputación*, op. cit., pág. 184.

persona permanecerá inviolado debido a la inestabilidad normativa que fundamenta su desconfianza¹⁰⁵⁷. De esta manera, hemos de recordar la función que debe cumplir bajo este contexto el Derecho penal; para ello consideramos acertados los argumentos de la doctrina que plantea el hecho que la función del Derecho penal ha de consistir en brindar seguridad jurídica¹⁰⁵⁸. Dentro de un contexto social, es necesario para la convivencia pacífica el comportamiento como personas en Derecho. La coexistencia de las realidades y cosmovisiones de cada sujeto hace que los contactos sociales tengan precisamente un riesgo de caer en el conflicto. Para tener conciencia sobre el yo que es cada persona, hay que mirar al otro para diferenciarse¹⁰⁵⁹. Esta relación dialéctica es la que permite que la sociedad avance y se desarrolle. Sin embargo, para que el desarrollo sea como tal es necesario mantener condiciones mínimas de juridicidad para, de esta manera, permitir el desarrollo de la sociedad bajo un modelo histórico determinado.

En caso de que esto no suceda, es decir, en caso que la libertad de los sujetos no sea ejercida ni respetada como tal, entonces nos encontramos ante un *defecto de administración*. Con ello queremos decir que el ejercicio de sociabilidad de los sujetos no es adecuado y por ende nos encontraremos ante un conflicto por invasión en las esferas de autoadministración. En este contexto el Estado habrá de intervenir como entidad heteroadministradora. Sin embargo, siempre habrá de existir una expectativa en cuanto a la autorregulación del comportamiento de cada persona y este se traducirá en la esperanza de una administración correcta sobre la esfera de organización correspondiente¹⁰⁶⁰. Dicha concepción es propia de un sistema democrático y de libertades, en oposición a un Estado paternalista y policial. En este sentido el adecuado ejercicio de la libertad, que no es otra cosa que la autoadministración, constituye el fundamento de la juridicidad de cada persona. JAKOBS refiere en cuanto a los extremos de los delitos de organización (no en cuanto a la organización criminal, sino a la propia autorregulación de cada persona) que estos habrán de medirse en el sentido del límite de influencia de nuestra organización, en cuanto a no excederse en la misma¹⁰⁶¹.

En el caso de la organización terrorista hay un evidente exceso en la autoadministración a tal grado que se invaden las esferas de competencia de toda la sociedad. Vivir en sociedad es vivir entre normas¹⁰⁶². El Derecho penal del enemigo tiene su ámbito de acción sobre aquellas conductas que comprometen de forma continua la propia estabilidad del Estado¹⁰⁶³. Parece que a nadie le puede quedar duda que el terrorismo organizativo pone en jaque al propio Estado, la incongruencia de la doctrina es que al reconocer esto no opta por un reconocimiento acerca de una respuesta contrafáctica proporcionada al grado de inseguridad cognitiva generada.

El proyecto que significa la convivencia dentro de lo social es la demostración más importante acerca de la cosmovisión de la persona y de su aptitud para convivir dentro de un ambiente ordenado. Para ello es indispensable mantener la condición de juridicidad completa, es decir, un ambiente de respeto hacia la vigencia de la norma y por ende orientarse por ella.

¹⁰⁵⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 247.

¹⁰⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 28.

¹⁰⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 28.

¹⁰⁶⁰ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

¹⁰⁶¹ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 89.

¹⁰⁶² POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 225.

¹⁰⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 247.

Concluimos este apartado con una cita de POLAINO-ORTS “La orientación a partir de expectativas normativas es presupuesto del concepto de persona y con ello de la juridicidad completa. Sin corroboración cognitiva ni las normas ni las personas pueden configurar la estructura social, esto es: sin una seguridad cognitiva calculada y razonable en la vigencia de la norma no es realizable el proyecto de justicia social que consagran las normas jurídicas”¹⁰⁶⁴. La importancia de la norma para la existencia misma de las agrupaciones humanas viene reconocida desde ARISTÓTELES, quien consideraba que “(...) en las leyes está la salvación de la ciudad (...)”¹⁰⁶⁵. Si la ciudad se salva, entonces la vida humana también lo hace¹⁰⁶⁶.

II.- La norma como motivadora de juridicidad completa y su cuestionamiento por parte de la organización terrorista

La concreción de la expectativa socialmente válida es comunicación. Así la sociedad emite significados. La irrupción en dicha comunicación se genera a través de la inseguridad cognitiva, misma que es producida de manera idónea por la conformación de la organización terrorista. En sociedad la gran mayoría de los participantes se conducen por el sendero señalado por la norma. No obstante existen miembros de la sociedad que no se motivan por dichas directrices. Esta ha sido la temática general del Derecho penal desde sus inicios.

Comprender las razones por las que hay sujetos que se motivan por la norma y otros que no lo hacen es el núcleo de un debate milenario que aun no se ha podido pacificar dentro de la literatura. ¿Qué es aquello que lleva al ciudadano a orientarse y a su vez aquello con lo que ciertos sujetos no se identifican inclinándolos por la conformación de la organización criminal? Esto quiere decir que debemos explorar el *sentido motivacional* de la propia norma. El sendero tiene implicaciones de mayor complejidad que es posible resumir a través del siguiente interrogante: ¿si el terrorista no es un destinatario de la norma, cómo se desmotiva si no hay motivación inicial? Ello inevitablemente nos conducirá, una vez más, por el camino de la despersonalización por ausencia de motivación de la norma. En otras palabras y en síntesis, la motivación va directamente relacionada con el conocimiento de la norma (si hay motivación hay conocimiento) y, por lo tanto, el conocimiento de la norma es un presupuesto para su vulneración.

A) Función motivadora de la norma

La norma es un modelo de orientación que implica una valoración abstracta como fundamento para su seguimiento por parte de los destinatarios. Las normas penales han de ser entendidas como un imperativo dirigido hacia el ciudadano para que

¹⁰⁶⁴ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 250.

¹⁰⁶⁵ ARISTÓTELES, *Retórica*, traducción de Antonio TOVAR, Instituto de estudios políticos, Grafoffset, Madrid, 1971, pág. 24.

¹⁰⁶⁶ “Sea pues, la felicidad un buen vivir con virtud, o una suficiencia de medios de vida, o la vida más agradable con seguridad, o la prosperidad de cosas y cuerpos con poder de guardarlos y disponer de ellos, pues una de estas cosas, o varias, casi todos están de acuerdo en que es la felicidad” en ARISTÓTELES, *Retórica*, op. cit., pág. 25. Bajo este orden de ideas, el libre desarrollo de la personalidad ha de permitir a la persona poder acercarse conforme a su voluntad, como lo desee a la felicidad. Es en la libertad del hombre y en su autonomía como ser racional que puede elegir por cuál sendero dirigir su vida y tiene el Derecho a hacerlo sin ninguna perturbación o sea con seguridad.

no delinca¹⁰⁶⁷ ya sea prohibiendo o prescribiendo una conducta. El planteamiento de la motivación normativa representa una importante complejidad porque puede llegar a confundirse con una función promocional de la misma. Esta última consiste en una característica semejante a la función ético-social que se traduce en la concepción del Derecho como un estímulo del cambio social¹⁰⁶⁸. El cambio social es una variación en la cosmovisión de un conglomerado humano en un momento histórico determinado. Esta situación-el cambio social-tiene una importante complejidad porque en el fondo la realidad siempre se encuentra cambiando¹⁰⁶⁹ lo que conlleva a que introducir como función de impulso del cambio social al Derecho penal sea algo extremadamente impreciso. Por esta razón nos sumamos a aquel segmento de la doctrina que considera que la promoción de las conductas no es ni debe ser parte de la función del Derecho penal¹⁰⁷⁰.

La motivación por medio de la norma no tiene realmente vinculación con la supuesta función promocional del Derecho penal. La motivación es una directriz, una forma de actuar/omitir conforme a un parámetro predeterminado. El tema de la motivación tiene importante injerencia en el análisis dogmático, como establece MAURACH al disertar sobre los presupuestos de la responsabilidad penal, considerando la acción del autor como una motivación de naturaleza viciosa¹⁰⁷¹. La motivación es tan importante que incluso trasciende del ambiente social común, puede encontrarse presente en situaciones dramáticas y extraordinarias tan fuertes que no es posible para el sujeto emitir un mensaje opuesto a tal motivación¹⁰⁷².

Para la dogmática penal, de la misma manera, las cuestiones relativas a la motivación revisten una importancia considerable, ello se debe a que, en sentido estricto, la imposibilidad absoluta de motivación no permite la exigencia de dicha motivación al destinatario¹⁰⁷³. Esta cuestión que es tratada por la dogmática española es el *quid* del tema que hemos comenzado a explorar. Pareciera ser que dicha reflexión resuelve de tajo la problemática de la imputación a aquellos sujetos que no se encuentran motivados por la norma. Sin embargo, ello tiene matices y es tarea de la dogmática poder distinguirlos con claridad. El hecho de poder motivarse conforme al modelo social (norma) lleva al tema sobre el acceso a dicho esquema conductual. Por ejemplo, a través del conocimiento de la norma en un esquema de sociabilidad general. Aquello que la doctrina define como el acceso al conocimiento o ese posible acceso al contenido de la norma. El contenido es la expectativa social. El ciudadano no es un ente al que se le puede obligar burdamente; el Derecho como orientador de conductas ha de incidir en el interior, en la propia conciencia del hombre concebido este como ser responsable¹⁰⁷⁴. Ello es precisamente el origen del tratamiento del sujeto como persona en Derecho, es decir, el que se motiva desde su aparato psíquico a través de la norma y su mensaje.

¹⁰⁶⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 80.

¹⁰⁶⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 160.

¹⁰⁶⁹ GIDDENS, Antony, con la colaboración de Karen BIRDSALL, *Sociología*, op. cit., pág. 47.

¹⁰⁷⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Introducción al Derecho penal*, op. cit., pág. 160.

¹⁰⁷¹ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, tomo I, traducción de Juan CÓRDOBA RODA, Ariel, Barcelona, 1962, pág. 174.

¹⁰⁷² MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 310.

¹⁰⁷³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 534.

¹⁰⁷⁴ CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo I. Introducción*, 5ª. edic., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 18.

La motivación de la norma, para amplios sectores de la doctrina, tiene una vinculación directa con el libre albedrío¹⁰⁷⁵, cuestión que se debate continuamente debido a la carencia en cuanto a su demostración en la conducta humana. Es un debate literalmente de dimensiones bíblicas, que incluso para algunos autores ya entrañaba ciertas obligaciones por lo que respecta a la permanencia humana dentro del paraíso, misma que se encontraba condicionada a guardar y cultivar dicho espacio sagrado¹⁰⁷⁶. La doctrina en esa materia incluso pone sobre la mesa la posibilidad sobre la existencia de varios árboles, uno de la vida que representaba el acceso a la inmortalidad y otro que es el llamado árbol del bien y del mal que al final resultarán tener distintos significados¹⁰⁷⁷. Desde entonces la mujer ha sido vinculada al pecado¹⁰⁷⁸. Estos comentarios edénicos no son ajenos a nuestra problemática ni se esgrimen con ánimo de debatir a fondo sobre la compleja cuestión del libre albedrío. Lo que interesa es dimensionar el tamaño de la cuestión y cómo la decisión del hombre ha sido siempre un problema frente a los márgenes normativos, sin importar su fuente creadora. “Es de suponer que Eva conocía por su marido la prohibición divina de no comer del árbol de la ciencia del bien y del mal y sabía que podían comer del fruto de todos los demás”¹⁰⁷⁹. El hombre al caer en la tentación y acceder al conocimiento a través del fruto prohibido defraudó a Dios conforme al relato bíblico. Desde entonces el hombre y la mujer son conocedores de aquello que guardaba el fruto, es decir, el conocimiento del mal como experiencia¹⁰⁸⁰.

El ánimo por el que hemos tomado el ejemplo bíblico no es otro que el de exponer, a través de un relato conocido, la manera en la que el hombre se ve obligado a decidir en uso de su libre albedrío ante el conocimiento de una norma independientemente de la naturaleza que la misma posea.

El libre albedrío ha sido explorado por PANECIO DE RODAS en la antigüedad sin separarlo de la sociedad, ello en relación con lo que él denominó *noble humanidad* bajo la siguiente cita: “(l)os hombres estamos destinados a la cooperación como los dientes de la mandíbula superior e inferior” donde “los hombres existen unos para otros como el cuerpo para el ama y el alma para el cuerpo”¹⁰⁸¹.

Sin embargo, la cuestión del libre albedrío es duramente criticada por JAKOBS. Las críticas del autor alemán se dirigen hacia la naturaleza del libre albedrío como un concepto que no es de tipo social¹⁰⁸², en razón a la toma de postura desde la perspectiva del aseguramiento del orden social porque en lugar de libre albedrío hay que tratar alternativas en cuanto a posibilidades de decisión del autor conforme a su esfera de organización y sobre el hecho de que para el sujeto existe una posibilidad de elección

¹⁰⁷⁵ GIMBERNAT OREIG, Enrique, “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en JIMÉNEZ HUERTA, Mariano (presidente del comité editor), *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, págs.497-498.

¹⁰⁷⁶ ARNALDICH, Luis, *El origen del mundo y del hombre según la Biblia*, 2ª. edic., ediciones Rialp, Madrid, 1958, pág. 208.

¹⁰⁷⁷ ARNALDICH, Luis, *El origen del mundo*, op. cit., pág. 230.

¹⁰⁷⁸ FOUCAULT, Michael, *Historia de la locura en la época clásica*, traducción de Juan José UTRILLA, 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México-Bogotá, 1998, pág. 93.

¹⁰⁷⁹ ARNALDICH, Luis, *El origen del mundo*, op. cit., pág. 239.

¹⁰⁸⁰ ARNALDICH, Luis, *El origen del mundo*, op. cit., pág. 246.

¹⁰⁸¹ FISCHL, Johann, *Manual de historia de la filosofía*, traducción de Daniel RUÍZ BUENO, 8ª. edic., Herder, Barcelona, 2002, pág. 105.

¹⁰⁸² JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 585.

que es preferible para la generalidad¹⁰⁸³. Ello, desde nuestro punto de vista, quiere decir que el autor tiene dos formas de comportarse, limitándose a mantener su conducta dentro de los linderos de su esfera de organización, o sobrepasar la frontera conductual para llevar a cabo una injerencia en esferas de organización ajenas. Existe una alternativa de comportamiento y se le recrimina al autor el hecho de no haber utilizado dicha alternativa¹⁰⁸⁴.

Pero ¿en la decisión sobre las alternativas de conformidad/inconformidad de actuación hacia la norma, no existe un contenido de libertad para la elección del destinatario? Desde nuestra perspectiva la respuesta es afirmativa, hay un evidente contenido de libertad de elección para el sujeto, él deberá de decidir si continúa configurando su conducta conforme a aquello que determina la norma o si por el contrario impone una concepción propia de la sociedad violentando la misma (por ejemplo, configurando un proyecto de organización distinto que se materializa en la conformación de una organización de tipo terrorista). El contenido sobre la disyuntiva planteada se fundamenta en una relación entre responsabilidad y libertad en el sentido que para dicha toma de decisión no es necesaria la intervención de un tercero con carácter de supervisor¹⁰⁸⁵. No es una contradicción meramente terminológica entre lo que es el libre albedrío y la libertad de decisión sobre el seguimiento del modelo orientador de conductas o su quebrantamiento. La noción de JAKOBS es concebida como un ámbito de autodeterminación en el sentido de un camino libre para la correcta organización dentro de la esfera de dominio del sujeto¹⁰⁸⁶. Dicha relación de autodeterminación si se elige por el camino de la generalidad, es decir, el respeto a la norma conforme a esquema de motivación, ha de permitir lo social.

El problema central del libre albedrío es la cercanía con fundamentaciones que se alejan de concepciones normativas para adentrarse en sistemas de conocimiento que no deben de confundirse con el Derecho. En ORIGENES, la noción de hombre y de libre albedrío tienen una estrecha conexión con elementos de tipo simbólico-religioso, ello porque el discernimiento sobre el libre albedrío puede determinar la categorización del hombre hacia los ángeles o hacia los demonios, en razón de la fervoridad sobre el uso de dicho libre albedrío¹⁰⁸⁷. Otras posiciones, como la de SINGER DE BRABANTE, niegan el libre albedrío en razón de que Dios creó una inteligencia primera que a su vez hizo todo, por lo que todo gira en torno a la voluntad divina y de esta manera no hay espacio para el libre albedrío¹⁰⁸⁸.

Como se puede observar la discusión llega hasta cuestiones de naturaleza teológica que en la modernidad muchos pueden considerar completamente ajenas a las modernas concepciones funcionalistas del Derecho penal, sin embargo, el funcionalismo no puede desconocer que el Derecho es un proceso humano, no mecánico, bajo el cual las concepciones racionales teológicas también aportan elementos interesantes para la reflexión. Bajo este orden de ideas, TOMÁS DE AQUINO, que a su vez se fundamenta en las disertaciones de ARISTÓTELES, estima que Dios es la

¹⁰⁸³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁰⁸⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁰⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 586.

¹⁰⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 586.

¹⁰⁸⁷ FISCHL, Johann, *Manual de historia de la filosofía*, op. cit., pág. 128.

¹⁰⁸⁸ FISCHL, Johann, *Manual de historia de la filosofía*, op. cit., pág. 192.

causa primera y el hombre la causa segunda donde el libre albedrío se exceptúa de la influencia de las esferas de creación superiores¹⁰⁸⁹.

El problema ya era concebido por WELZEL como fundamento de la reprochabilidad que pesa sobre el sujeto en particular como la posibilidad de motivar su conducta conforme a la norma, ello en razón a que el sujeto es psíquicamente apto para actuar conforme al parámetro de la misma y además por el conocimiento de la posible antijuridicidad de conducta, elementos nucleares en el problema del libre albedrío que se traduce en la posibilidad y la manera en la que es viable la orientación conforme a la norma¹⁰⁹⁰. Para WELZEL, la problemática del libre albedrío tiene una triple vertiente, antropológica, caracteriológica, y categorial¹⁰⁹¹, lo cual sirve para dimensionar la magnitud de la cuestión. La segunda de estas ramas tiene una importante relevancia para nuestro estudio debido a que el padre del finalismo considera que el contenido de la finalidad del hombre se ve de alguna manera vinculado, para que rija con su vida, al Derecho y la norma¹⁰⁹². Para este autor, el libre albedrío quiere decir “la capacidad de determinarse libremente conforme a sentido (...) (l) a libertad, no es por eso, la posibilidad de poder elegir arbitrariamente entre el sentido y el contrasentido entre valor y desvalor”¹⁰⁹³.

Como sucede en el relato bíblico, existe una decisión por parte de los autores. Dicha motivación que no es conforme a la norma es el fundamento de la culpabilidad como situación conflictiva¹⁰⁹⁴. El conflicto tiene su fundamento en ese déficit de motivación hacia la norma. El déficit de motivación sirve como justificación para la imposición de la pena¹⁰⁹⁵.

Existe un modelo de protección de expectativas normativa y otro como orientador de conductas, desde la óptica de la función de la norma penal. Sin embargo, para POLAINO NAVARRETE, son dos esquemas diferentes. El profesor español considera que tanto LUHMANN como JAKOBS han buscado colocar en posiciones opuestas las dos concepciones sobre la norma penal, una precisamente como aseguradora de expectativas y la otra como orientadora de conductas¹⁰⁹⁶. Ello no queda del todo claro, desde nuestra perspectiva, debido a que dichas funciones del Derecho penal no han de entenderse como diametralmente opuestas y que se muestran incompatibilizadas entre sí sino como complementarias. Para POLAINO NAVARRETE, le cuestión ha de entenderse a través de un modelo de instrumentalización de la norma. Bajo su concepción, “la norma no es un mecanismo imperativo, sino un instrumento que constituye un modelo de orientación

¹⁰⁸⁹ FISCHL, Johann, *Manual de historia de la filosofía*, op. cit., pág. 193.

¹⁰⁹⁰ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ / Sergio YÁÑEZ PÉREZ, 11ª. edic., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1976, pág. 201.

¹⁰⁹¹ Desde la dimensión antropológica el hombre a diferencia de los demás animales tiene la capacidad para decidir mediante su inteligencia donde el hombre se funda existencialmente sobre su propia responsabilidad. Dentro de la dimensión caracteriológica existen una serie de estratos en los que el hombre ha de transitar anímicamente donde en el estrato profundo los impulsos se orientan bajo un sentido, en Hans WELZEL, *Derecho penal alemán, parte general*, op. cit., pág. 204.

¹⁰⁹² WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, op. cit., págs.204-205.

¹⁰⁹³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, op. cit., pág. 209.

¹⁰⁹⁴ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?”, en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) / Samuel RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, op. cit., pág. 26

¹⁰⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 579-581.

¹⁰⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (desde la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Perú, 2009, pág. 55.

social, al plasmarse en él las expectativas socialmente protegibles”¹⁰⁹⁷. En esa pérdida del imperativismo de la concepción funcionalista le asiste plena razón.

Compartimos la opinión del autor español en el sentido que la norma como una entidad abstracta habrá de contener en su núcleo la expectativa que la sociedad ha considerado como valiosa para la convivencia, pero ello no significa que no exista la motivación de la misma, sino que, al contrario, ambos momentos son elementos complementarios porque la norma motiva para que la conducta de los destinatarios sea conforme a la expectativa que contiene. Ello conduce a observar que dentro de la vida social los sujetos tienen la libertad de decidir respecto a una situación en concreto que puede resumirse en dos esquemas clasificados por la literatura especializada¹⁰⁹⁸:

a) *Fidelidad a la norma*. Comportamiento conforme a las expectativas, es decir, como personas en Derecho, generando de esta manera la satisfacción de las propias expectativas por parte de sus destinatarios

b) *Infidelidad a la norma*. Representa un alejamiento de la norma y por ende de la expectativa que la misma contiene. Dicho alejamiento obedece a un principio relativo, en el sentido de que la distancia y el tiempo conforme a la norma, fundamentan las categorías funcionalistas de individuo y enemigo, manifestado la primera de ellas un mero problema incidental, reparable, no grave, o en gráfica expresión de POLAINO-ORTS, “una metedura de pata”, mientras que la segunda revela una distancia en relación a la norma que es mucho mayor y que se expresa en una permanente confrontación hasta tal grado peligrosa que genera un problema de convivencia para la sociedad, ejemplo de ello son los delitos de organización.

Compartimos, en resumen, la síntesis que defiende POLAINO NAVARRETE, en el sentido que la función orientadora de la conducta así como la protección de expectativas no tienen por qué enfrentarse y excluirse, puesto que forman parte de la propia entidad jurídica denominada norma¹⁰⁹⁹.

Para GIMBERNAT, el tipo penal tiene una función motivadora y la noción del libre albedrío ha de ser desechada por su falta de demostración¹¹⁰⁰. La relación entre libertad y la función motivadora de la norma son dos categorías que se encuentran entrelazadas. Observar el Derecho, en cualquier sentido, va ineludiblemente unido al concepto de libertad. Sin embargo, las nociones subjetivistas sobre el libre albedrío no pueden concebirse bajo los esquemas de la norma como modelo orientador. La vigencia de la norma no puede depender de factores de naturaleza subjetiva, so pena de caer en una atmósfera anárquica donde quien no acepta el modelo no se encuentra constreñido por la misma¹¹⁰¹.

Quien no acepta la Ley se encuentra obligado a asumir las consecuencias por la misma establecidas en orden a orientar su conducta conforme a sus parámetros, es decir,

¹⁰⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos*, op. cit., pág. 56.

¹⁰⁹⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos*, op. cit., págs. 56-57.

¹⁰⁹⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Acción, omisión y sujetos*, op. cit., pág. 58.

¹¹⁰⁰ MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?”, op. cit., pág. 29.

¹¹⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Las teorías clásicas de la pena”, en José URQUIZO OLAECHEA, *Revista peruana de ciencias penales. Edic. especial sobre el CP peruano*, año VII-VIII edic. especial, núm 11, Idemsa, Lima, 2002, pág. 365.

conforme a las propias expectativas que se albergan en ella. El hecho que quien no se identifica con la norma está legitimado para no seguirla conduce al caos, o en otras palabras, el Derecho perdería sentido¹¹⁰². La norma no puede depender en cuanto a su existencia de la decisión subjetiva de cada uno de los destinatarios ya que el tejido normativo es producto de la sociedad en conjunto, no de la opinión que le merece cada uno de los destinatarios. El análisis del delito como fenómeno individual lejos de lo social carece de toda cercanía con la realidad¹¹⁰³.

Volvemos a un cuestionamiento que ya hemos dejado entrever con anterioridad y que se refiere al reconocimiento de la norma por parte de los destinatarios. Ya hemos visto que la aceptación subjetiva que el destinatario hace del modelo de orientación social no es una condición para su existencia porque en el mundo jurídico contemporáneo, la norma existe y es válida con independencia de la aceptación que haga o no el sujeto. ¿Ello no pone de manifiesto una contradicción en el seno del funcionalismo y concretamente dentro del Derecho penal del enemigo? Es importante aclarar esta cuestión relacionándole directamente con el fenómeno de enemistad que se traduce en la conformación de la organización terrorista.

El Derecho penal moderno apuesta por un tratamiento liberal del ciudadano, visualizándolo como un sujeto libre, que en su mayoría de edad funcionalmente hablando ha dejado de ser un mero sujeto gobernable a través de la coacción jurídica; en la actualidad, los modernos Estados de Derecho consideran al Derecho penal bajo el ámbito de autorresponsabilidad del ciudadano, donde este puede asumir los riesgos y los costes que este considere asequibles, siendo, cada ciudadano, responsable de su esfera organizacional¹¹⁰⁴. Sin embargo, en caso de una administración defectuosa el Derecho reacciona. La coacción funciona como un mecanismo de despersonalización¹¹⁰⁵.

La asunción de riesgos y la inobservancia sobre el mensaje comunicativo de la norma no dependen del sujeto en cuanto a su existencia, entonces ¿cómo es posible legitimar el Derecho penal del enemigo? Ello es debido a que esta doctrina estima que el enemigo no reconoce, no se motiva por la norma, entonces cómo es posible exigirle dicha motivación si el enemigo no se orienta por la propia norma. Esta paradoja se presenta porque si el terrorista no se orienta, por falta de reconocimiento, entonces cómo es posible exigirle tal conducción si nunca se ha orientado, nunca ha considerado válida la expectativa normativa.

La cuestión anterior, que pareciera ser un juego de palabras, plantea una confusión terminológica más de forma que de fondo. El sistema de expectativas sociales se presenta como un mural, una pintura o, como ejemplifica POLAINO-ORTS, “un espejo donde la sociedad se refleja”, pero dicho sistema de expectativas no permanece estático, sino que es comunicado permanentemente. De manera natural el hombre se comunica como ser social. Por ello la sociedad es comunicación y solidaridad fundamentalmente. Existe en el hombre una necesidad por manifestar lo que piensa y lo que hace, por ello existe el idioma, el arte, la guerra etc.; el Derecho por ende también ha de ser

¹¹⁰² FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Las teorías clásicas de la pena”, op. cit., pág. 365.

¹¹⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “Las teorías clásicas de la pena”, op. cit., pág. 366.

¹¹⁰⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “La controvertida legitimación del Derecho penal en las Sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas*, Flores Editor, Ciudad de México, 2006, pág. 68.

¹¹⁰⁵ JAKOBS, Günther, “Diez años después”, op. cit., pág. 18.

comunicado o será considerado como la comunicación misma por teorías como la de LUHMANN, de ahí que exista una íntima relación entre Derecho y Lenguaje como parte fundamental de lo social¹¹⁰⁶. El Derecho habrá de ser comunicado socialmente, si no sería meramente un conocimiento estático sin ninguna razón para existir y sería olvidado. Para comunicarse el Derecho penal emplea el lenguaje de las normas.

El tipo es un mensaje que emite el poder legislativo a los destinatarios de la norma¹¹⁰⁷. El Estado comunica las expectativas solidificadas a través del modelo de orientación penal a los ciudadanos y es responsabilidad de este comunicarse correctamente. Sólo mediante una comunicación correcta los ciudadanos conocen lo que se debe y lo que no se debe hacer para poder organizar correctamente su esfera de dominio. Podemos esquematizar de la siguiente manera:

a) *Comunicación Sociedad-Estado-Ciudadano*. Quiere decir que de la propia sociedad nacen las expectativas que son consideradas por la misma como indispensables para su desarrollo. Habrá que concretizar dichas expectativas a través de un medio que sea asequible para todos y que por ende sirva como orientador de la conducta de los ciudadanos. Ello se logra a través de la positivación de las expectativas en normas penales. De esta manera se da la oportunidad de acceso al conocimiento de las expectativas para todos los miembros del conglomerado, situación que se pone de manifiesto en uno de los pilares del principio de legalidad que es el de ley escrita, y por ende, permite al Estado exigir la motivación conforme a la norma. Posteriormente, dentro de este ambiente comunicativo, el ciudadano habrá de autodeterminar si se rige, orienta o construye su vida social conforme a la norma o si lo hace a través de una autoexclusión, por ejemplo en el caso de la organización terrorista. Si el sujeto opta por la conformación de la organización criminal, se autoexcluye, pierde la calidad de persona en sentido funcionalista y se comunica defectuosamente con la sociedad transmitiendo un desinterés por la expectativa. Bajo este orden de ideas el sujeto comunica a la sociedad que no le interesa el proyecto trazado por la misma. Este sistema posibilita un medio de seguridad para el ciudadano ante la propia respuesta penal del Estado, en el sentido de que podrá ejercer su libertad sabedor de aquello que implica una respuesta punitiva sin el peligro de ser castigado¹¹⁰⁸. Éste es uno de los pilares del Estado emanado de la revolución francesa. La norma ha de ser conocida para que se pueda establecer un esquema de respeto en cuanto a su vigencia¹¹⁰⁹.

Para JAKOBS, este principio tiene tal trascendencia que incide en el principio de culpabilidad: “(a) sí se afirma que especifica al *principio de culpabilidad*, puesto que sólo cabe hablar de una «decisión defectuosa consciente, o reprochablemente inconsciente», cuando «en el momento del hecho ya ha estado presente su punto orientador: le ley penal que especifica el tipo de injusto»¹¹¹⁰. Esto quiere decir que el Estado ya ha comunicado a todos los sujetos cuáles expectativas no pueden ser

¹¹⁰⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 12.

¹¹⁰⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Ambigüedad del criterio de tipicidad en el Derecho penal actual”, en *Los Derechos fundamentales y Libertades públicas*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. II, Vol. I, Madrid, 1993, pág. 623.

¹¹⁰⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 79.

¹¹⁰⁹ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento de la norma”, en Günther JAKOBS / Eberhard STRUENSEE, / Marcelo A SANCINETTI, (presentador.), *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Hamurabi, Buenos Aires, 1998, pág. 58.

¹¹¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 80.

defraudadas y las consecuencias jurídicas en caso quebrantamiento. No entraremos a la temática sobre el error de prohibición, en este momento, debido a la especial naturaleza de la organización terrorista. No obstante, anticipamos que se antoja difícil poder argumentar un error de tal magnitud en el contexto de cualquier agrupación criminal (delitos de organización).

b) *Comunicación Estado-Enemigo-Sociedad.* Ante la desautorización del proyecto social por parte de la organización terrorista que actúa como enemigo, la propia sociedad no puede hacerse justicia por su propia mano, sino que habrá de reaccionar mediante sus herramientas que son las normas y la pena impuesta a través del Estado. De esta manera frente a la enemistad de la organización terrorista que ha decidido consciente y libremente invadir esferas ajenas de organización y desestabilizar al Estado, este, como sistema, habrá de reaccionar veloz y eficazmente por medio de una respuesta comunicativa que es la pena. Esta servirá para restablecer la vigencia de la norma y la expectativa que se contiene dentro de esta. Con este mecanismo la sociedad se refuerza en su confianza hacia el modelo de orientación y se subraya el sentido motivador de la misma mediante su afirmación bajo el esquema de prevención general positiva.

El esquema que hemos planteado pone de manifiesto el profundo sentido comunicacional que se da entre sociedad Estado y ciudadano, donde estas tres categorías interactúan comunicativamente todo el tiempo cerrando en sí el sistema de la sociedad. El Derecho sencillamente es un orden motivacional que ha de incidir sobre la conducta¹¹¹¹.

B) La importancia del Derecho para la organización terrorista

Si el delito es entendido como una comunicación defectuosa ello quiere decir que por lo menos hay un mínimo comunicativo. En este sentido debemos subrayar que se trata de comunicación “defectuosa” y no de *incomunicación*. En el caso de la conformación de la organización terrorista se expone el caso ideal para poder ejemplificar. El sujeto emite una comunicación -como lo señala JAKOBS- a través de su actuar, un mensaje de que le tiene sin cuidado el contenido de Derecho, emitiendo de esta manera no un hecho que se queda en lo meramente fáctico, sino un mensaje dentro del contexto comunicativo¹¹¹². No obstante para el caso puntual de la organización terrorista tenemos una opinión distinta. Si un sujeto decide autoexcluirse y por ende perder la calidad de persona, en sentido funcionalista, ello no significa que el Derecho le tenga sin cuidado, sino que, por el contrario, el Derecho le importa de sobremanera. Si un sujeto ha decidido autoexcluirse, ello no quiere decir que simplemente en el mundo factual se aleja convirtiéndose en ermitaño, lo cual para la norma no tendría ninguna relevancia por lo menos dentro de un Estado de libertades. La autoexclusión comunica definitivamente no sólo la oposición al Derecho, sino una oposición que significa la potencial destrucción de su núcleo, es decir, de la expectativa o del bien jurídico que se ha de tutelar, según las teorías que se asuman en el tratamiento de la temática.

Compartimos la idea de la doctrina funcionalista sobre el apartamiento del sistema de expectativas que lleva a cabo la organización terrorista. Los conformadores

¹¹¹¹ BINDER, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho*, 2ª. edic. actualizada y ampliada, ADHOK, Buenos Aires, 2004, pág. 153.

¹¹¹² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 93.

de la organización terrorista no consideran el tipo penal como una entidad que obstaculice sus objetivos y ello se traduce a través del dolo¹¹¹³. La intencionalidad en la conformación y el conocimiento o el potencial conocimiento de la antijuridicidad de la conducta es prácticamente innegable en el contexto real bajo el que en la actualidad se presenta la conformación de las organizaciones terroristas. Tampoco la conformación admite la forma imprudente para su consumación. Esto conduce al interesante campo de los defectos cognitivos -error, imprudencia- y los defectos volitivos -dolo- porque al haber conocimiento estamos en presencia de un defecto volitivo¹¹¹⁴. La organización terrorista no desea conformarse bajo las pautas del proyecto social simplemente porque no comparte la cosmovisión de tal esquema de organización colectiva. De esta manera incurre en lo que JAKOBS denomina “un fracaso culpable en la configuración del mundo”¹¹¹⁵. Tal fracaso supone la intervención ilegítima en las esferas de organización ajenas produciendo de esta manera inseguridad cognitiva.

La invasión a las esferas de organización a través de un delito cualquiera, tiene repercusiones importantes dentro del contexto sistémico, pero pueden ser paliadas por el mecanismo usual de respuesta, por ejemplo, a través del Derecho penal del ciudadano. Sin embargo, en casos excepcionales como en el que nos ocupa la respuesta deberá llevarse por mecanismos especialmente asegurativos. La conformación de la organización terrorista es sencillamente intolerable normativamente para el sistema, por las razones desestabilizadoras que se han expuesto a lo largo del presente capítulo. En el caso de la delincuencia “común” o delincuencia del Derecho penal del ciudadano, se acepta sin mayores problemas la tesis que comulga por un concepto de apartamiento del Derecho; sin embargo, en el caso de la delincuencia que se considera dentro de los límites excepcionales del Derecho penal del enemigo se presenta un fenómeno doble, que consiste en el *desinterés en el Derecho como modelo de orientación e interés en el Derecho como entidad a vulnerar*. Esto significa que la organización terrorista al generar la inseguridad cognitiva de manera dolosa, necesariamente busca un replanteamiento en el tejido social, un cambio en la visión histórica en un momento determinado, busca cambiar las normas. La organización se interesa por el Derecho como objetivo alterable.

El doble efecto que se ha mencionado también puede presentarse en la autoexclusión, a través no sólo del aislamiento sino del ataque a la sociedad y por ende al sistema democrático. El terrorismo vulnera las normas de flaqueo y con ello cuestiona la validez del mundo social a través de la democracia. Se busca una nueva democracia o la imposición de su propio concepto de gobierno, es decir, la modificación del propio Estado. Por ello la organización terrorista se interesa por el sistema jurídico como si fuera uno de sus objetivos a vulnerar. El enemigo en sentido jurídico busca invadir el Derecho. JAKOBS pone un ejemplo que nos permite aclarar la cuestión adaptándolo al Derecho penal del enemigo: “(e)l ladrón se arroga la decisión acerca de la administración de una propiedad ajena, el asesino sobre la permanencia de una vida etc.”¹¹¹⁶. Pues en el caso de la organización terrorista, ésta se arroga la decisión acerca de la forma en la que deben de ser modificadas las expectativas contenidas en la norma, o sea, a través de la producción de la inseguridad cognitiva. La organización terrorista se autopositiona como reformador político.

¹¹¹³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 93.

¹¹¹⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 94.

¹¹¹⁵ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 95.

¹¹¹⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 29.

En el caso de la vulneración del Derecho a través de la organización terrorista, ya no nos encontramos ante un desliz reparable¹¹¹⁷, sino ante la oposición frontal a la sociedad. Ello no quiere decir que el Derecho sea inmutable, un cuerpo de normas sacralizadas, pétreas. Por el contrario, la sociedad y el ciudadano son elementos históricos que cambian con el paso del tiempo. Lo que no es tolerable es aceptar el terrorismo como proceso de cambio histórico-social válido. JAKOBS establece con claridad: “(...) el Estado puede proceder de dos modos con los delincuentes: puede ver en ellos personas que delinquen, personas que han cometido un error, o individuos a los que hay que impedir mediante coacción que destruyan el ordenamiento jurídico”¹¹¹⁸.

La organización terrorista entonces habrá de perseguir un objetivo de tipo sistémico que se puede dividir en dos grandes espectros.

a) *Espectro inmediato*, producción de inseguridad cognitiva.

b) *Espectro mediato*, destrucción del sistema jurídico.

Estos dos espectros o ámbitos bajo los cuales ha de influir la actividad terrorista como organización, giran en torno al sistema jurídico como objeto de interés al que se busca afectar. La situación descrita se habrá de robustecer cuando se exploren los elementos subjetivos del injusto consistente en alterar la paz pública y subvertir el orden constitucional, temática esencial para nuestra investigación que será tratada a fondo en un capítulo posterior dedicado exclusivamente a dichos tópicos.

Cuando un evento delictivo posee ya no sólo el desinterés en el sistema de expectativas (y bienes jurídicos en consecuencia) como modelo de orientación, sino que tiene interés en eliminarlo o modificarlo violentamente, entonces estamos en presencia de enemistad en sentido funcionalista. La organización terrorista lo hace, además, a través de medios especialmente violentos. Si hablamos sobre la motivación, llegaremos a las mismas conclusiones, la función de motivación sólo sirve a la organización terrorista como motor para motivar el ataque al propio Derecho. La norma al mostrarse se expone como una diana para que el mensaje comunicativo desautorizador le impacte. Este proceso de “torpedeo” a la norma es relativamente simple debido a la reducción de la complejidad en el sistema que implica el reconocimiento de las expectativas socialmente valoradas¹¹¹⁹, en otras palabras, resulta relativamente sencillo conocer cómo defraudar a los ciudadanos. Ello implica un abandono del viejo esquema que consideraba a la norma como directiva de conducta para pasar a una ser vista como la expresión de una expectativa institucionalizada¹¹²⁰.

III.- Tránsito normativo de ciudadano a enemigo/terrorista

El interés en el Derecho para la organización terrorista bajo el esquema planteado representa la adquisición del status de enemigo conforme a la moderna dogmática europea. El otro lado de la moneda muestra la pérdida del status de persona en sentido funcionalista. Este importantísimo cambio en el lenguaje descriptivo del

¹¹¹⁷ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 36.

¹¹¹⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 47.

¹¹¹⁹ QUINTERO, María Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel POLAINO-ORTS /María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, op. cit., págs. 74-75.

¹¹²⁰ QUINTERO, María Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, op. cit., pág. 75.

funcionalismo es un proceso y por ende tiene un inicio y un final que es el que nos disponemos a explorar centrándonos en nuestro objeto principal de estudio que es la organización terrorista.

Ya se ha discutido y aclarado a profundidad por la doctrina, la cuestión relativa al significado del concepto persona como uno no de naturaleza ontológica sino descriptivo-funcional. A pesar de ello la literatura no ha querido comprender los razonamientos que se han esgrimido en aras de permanecer bajo el halo de lo políticamente correcto. No abundaremos sobre dicha temática que se encuentra suficientemente estudiada, sólo reiteramos que bajo el esquema funcionalista el ser humano es un concepto naturalista mientras que persona es un concepto social¹¹²¹.

Partiendo de esta base, la persona es destinataria de expectativas sociales y por ende es un ente que participa en comunicaciones¹¹²². Esta es una de las características de mayor distinción frente a otros seres de la naturaleza¹¹²³ y, por consiguiente, los actos de las personas son expresiones de sentido.

Esas expresiones son influidas por el efecto motivador de la norma jurídica. En un primer momento el sujeto al formar parte del juego social tiene la calidad de persona por el propio Derecho. Esto quiere decir que mientras la persona cumpla con aquello que le corresponde se encontrará dentro de las reglas sociales. La persona o ciudadano¹¹²⁴ en sentido funcionalista será aquella que respete la expectativa contenida en dicho modelo de orientación.

Los ciudadanos tendrán la esperanza que los demás miembros del conglomerado cumplirán con su papel como “ciudadanos”. La situación no es del todo sencilla si se toma en cuenta que la interacción de los sujetos se presenta bajo los esquemas de la sociedad de riesgos. Las personas siempre buscarán indicadores que les permitan identificar el código riesgo/no riesgo para de esta manera poder sentirse más seguras.

Las personas viven en una sociedad que es alarmada constantemente. La situación de alarma tampoco aporta seguridad, no se sabe con certeza cuándo y hacia qué deben las personas sentirse alarmadas¹¹²⁵. Por ello el Derecho, como el estambre del tejido social, exige un mínimo de civilidad o lo que se denomina también *rol de*

¹¹²¹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 21.

¹¹²² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 21

¹¹²³ “Por medio del cuerpo -y de otras propiedades-, la persona está «aquí», la conciencia es necesaria porque la comunicación se halla estructuralmente acoplada a ella., Los árboles, los ríos no comunican, en todo caso, no lo hacen conforme a un entendimiento moderno; por ello no son destinatarios (dicho con mayor exactitud: hoy ya no son destinatarios) de expectativas normativas”, en Günther JAKOBS, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 21.

¹¹²⁴ En este sentido “La diferencia entre las leyes y las costumbres estriba en que las leyes regulan los actos del ciudadano, mientras que las costumbres regulan actos del hombre”, en MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes BLÁZQUEZ / Pedro DE LA VEGA, Tecnos, Madrid, 1972, pág. 253.

¹¹²⁵ GIDDENS, Antony, *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, traducción de Pedro CIFUENTES, Taurus, Madrid, 1999, pág. 43.

seguridad mínima, que es exigible a todos los ciudadanos¹¹²⁶. En este sentido existen roles comunes y roles especiales¹¹²⁷.

De esta manera, no sólo se tiene en sociedad el rol común, sino que también hay ocasiones en las que se ejercen papeles especiales. Ambas categorías no se excluyen sino que por el contrario, son complementarias. El hecho de ejercer un rol especial faculta para abandonar el rol común y viceversa, el hecho de tener un rol común no significa que se abandone el rol especial que de alguna u otra manera se ha asumido; sobre esta temática en particular se ha desarrollado la siguiente clasificación¹¹²⁸:

a) *Roles adscritos*, son los que posee en individuo de forma innata, la decisión del sujeto sobre su asunción es irrelevante.

b) *Roles adquiridos*, en este caso la decisión del sujeto sí tiene relevancia, él los asume voluntariamente.

Bajo el esquema planteado, para nuestro análisis sólo utilizaremos el rol común que se fundamenta en el tratamiento de los demás como personas.

En un inicio la sociedad parte de que todos los miembros que la integran habrán de comportarse de una manera efectiva como personas o ciudadanos. Si lo miramos desde la perspectiva de la seguridad cognitiva, podemos decir que la sociedad tiene la expectativa de que todos los sujetos brinden la cuota de seguridad que les corresponde conforme al ámbito de organización que les ha sido encomendado. La forma de reconocer dicho ámbito que debe ser autoadministrable sólo puede ser cognoscible por medio del rol.

El rol posee una *función de garantía o la función del rol como delimitador de esferas de competencia*. Dicha función consiste en establecer los linderos del mismo. Es una forma de identificación, una especie de solapa que hace posible conocer la medida de atribución de responsabilidad para quien ejerce dicho papel¹¹²⁹. Con el rol el sujeto y la sociedad saben lo que a cada uno le corresponde en un momento histórico determinado, ello es a tal grado que posibilita las exigencias sobre el correcto ejercicio del mismo; de tal suerte que la sociedad, en caso de administración defectuosa en el segmento social que le corresponde, puede exigírselo al portador del rol¹¹³⁰.

Bajo este esquema de planteamiento, desde el prisma del terrorismo, la sociedad observa el ejercicio de los roles. Para el caso concreto del tipo penal contenido en el artículo 571, la sociedad tiene la expectativa de que en primer lugar el sujeto cumpla con su rol común (y especial si lo tiene) y en segundo lugar, que no configure una

¹¹²⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2009, pág. 69.

¹¹²⁷ “Roles especiales son los que obligan únicamente a aquellos que se encuentren en una posición especial, concreta, determinada que los distingue y les individualiza del resto de los ciudadanos”, en Miguel POLAINO-ORTS, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 69.

¹¹²⁸ DONCEL FERNÁNDEZ, Luis Vicente, “El desempeño de los roles”, en Isabel HOYO SIERRA (coord.), *Introducción a la psicología del Derecho*, op. cit., pág. 110.

¹¹²⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 66.

¹¹³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es la imputación objetiva?”, op. cit., pág. 66.

organización terrorista. Con el establecimiento del tipo se busca motivar el respeto a la expectativa que dice “respeto a los demás y no te organices con fines terroristas”, ello en palabras muy sencillas y lo mencionamos así escuetamente con un ánimo meramente clarificador. Si el sujeto cumple con su rol, necesariamente estará actuado como persona-ciudadano.

Podemos afirmar que el cumplimiento del rol fundamenta la personalidad jurídica; ello quiere decir entonces que la noción de personalidad es un concepto depurado normativamente¹¹³¹. En otras palabras, cumplir con el rol es cumplir con la expectativa que a su vez es cumplir con la norma. De esta manera se cierra el círculo de comunicación funcional en forma de clausura operativa. Esto es lo que sucede en un plano perfecto de cumplimiento de las obligaciones dentro de la sociedad. Al cumplir con el rol se actualiza una comunicación por parte del sujeto, que significa un acuerdo con el proyecto social, en otras palabras, que no desea autoexcluirse. La exclusión por parte del sujeto es obstáculo para alcanzar la categoría de persona en Derecho en sentido funcionalista¹¹³².

Bajo este mismo orden de ideas, cuando los sujetos deciden autoexcluirse encuadrando su conducta en las características objetivas que contiene el tipo del artículo 571, se actualiza una importante variación desde el punto de vista sistémico. Existe una desestabilización, una inseguridad cognitiva cuando el sujeto opta por abandonar el status de ciudadano para ingresar al esquema de enemistad. Esto se traduce con claridad en cada una de las modalidades de la conducta del citado artículo; ello debido a que en el momento en que un sujeto o varios deciden, promover, constituir, organizar o dirigir una organización terrorista hay una mutación de persona a enemigo y por ende de respeto a expectativas a cuestionamiento de las mismas como proyecto social. El hecho de transitar de persona a enemigo es una demostración del aumento en la inseguridad cognitiva. Este fenómeno es precisamente el mismo que se da cuando un sujeto cambia de ser un ciudadano fiel al ordenamiento a formar parte de una organización criminal.

El tránsito de persona a enemigo puede ser entendido terminológicamente como despersonalización que es siempre autodespersonalización¹¹³³, ya que nadie en su sano juicio podría aceptar que alguien forme parte de las filas de una banda terrorista de forma no voluntaria, bajo una decisión no libre (salvo casos muy específicos, poco probables que deberían de ser analizados a la luz de los presupuestos de la culpabilidad) y nadie puede creer a alguien que argumente desconocimiento sobre las consecuencias de dicha incursión delictiva.

Volviendo específicamente a la cuestión del tránsito, existe una tercera categoría descriptiva que es la de *individuo*; poco se ha explorado tal concepto, pero lo que deseamos poner de manifiesto en este momento es que el tránsito de persona a enemigo/terrorista no quiere decir que haya de pasar por una categoría intermedia que podría ser el individuo¹¹³⁴.

En cuanto a la despersonalización o tránsito de persona a enemigo-terrorista, es importante matizar un poco los términos. La despersonalización no es absoluta sino que

¹¹³¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 47.

¹¹³² JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 52.

¹¹³³ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op. cit., pág. 496.

¹¹³⁴ Vid, POLAINO ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., págs. 82-83.

la situación de enemistad es *temporal*. El enemigo no lo es eternamente¹¹³⁵, sino que lo será hasta en tanto no brinde la seguridad cognitiva que la propia sociedad le exige. En otras palabras, será enemigo hasta en tanto no abandone su decisión de permanecer excluido del juego social. Al ser potestativa la autoexclusión, también será potestativo el regreso a la sociedad, la decisión de abandonar la enemistad se encuentra al alcance de su mano¹¹³⁶. En la vida práctica las asociaciones de víctimas del terrorismo han levantado la voz exigiendo un desistimiento absoluto del proyecto político de ETA como una vía para la solución del conflicto¹¹³⁷, lo cual quiere decir que una manera para poder volver a la vida ciudadana dentro de los márgenes de la legalidad es abandonar precisamente aquello por lo que se han autoexcluido los miembros de la organización en particular. La exigencia es una vía que abre la puerta para iniciar un proceso de paz y de volver a la inclusión social. El propio gobierno entra en este juego de pesos y contrapesos exigidos, como dijo en el 2005 María Teresa FERNÁNDEZ DE LA VEGA, dirigiéndose a la organización criminal: “sólo le queda la deposición de las armas y el abandono definitivo de la violencia” subrayando que “sólo a partir de ahí se podrán explorar las vías del diálogo”¹¹³⁸.

Desde el punto de vista sistémico, las condiciones para la autoincursión en el mundo social, de los miembros o configuradores con la organización terrorista, no puede ser cuestionado ni condicionado; veamos el siguiente fragmento de la STS 136/1999, de 20 de julio: “Una vez considerada en su conjunto y desde un punto de vista objetivo la conducta discutida, resulta incuestionable que la «alternativa» proclamada por ETA, por cuyo intento de difusión se condena a los recurrentes, sólo en apariencia era una propuesta de paz. Veamos, en primer lugar, qué es lo que el mensaje dice. Se afirma, sí, que la intención perseguida no es otra que conseguir la paz, pero supeditando el alto el fuego, el cese de la violencia, a que el Estado democrático acate y cumpla, previamente, «las condiciones» impuestas por el grupo terrorista; hasta ese momento, persistirá la actividad armada. Este planteamiento, tal y como indiscutiblemente se formula, es totalmente opuesto a los valores que definen una sociedad democrática: nada hay más ajeno a la convivencia en paz y libertad-y al ejercicio lícito de los derechos que un Estado democrático garantiza-que cuestionar la paz y la libertad ajenas, la de la sociedad y la de cada uno de sus miembros, mediante la amenaza. Sobre el particular, resulta obligado traer a colación que, en nuestro Estado constitucional, la paz social tiene como fundamento, en lo que ahora importa, el respeto a la ley y a los derechos de los demás (art. 10.1 CE); de ahí que esa paz, que ha de ser defendida más que conquistada, no pueda ser auspiciada, sin grave ultraje a la Constitución, a través de la violencia armada”.

La sentencia ilustra claramente que la autoexclusión/auntoinclusión depende exclusivamente de la organización terrorista. Sin embargo, para que ello se materialice no pueden existir condicionamientos. Si éstos aparecen, entonces no hay un verdadero abandono de la situación de enemistad. La imposición de condiciones además que en la práctica no suelen llevar el diálogo a buen puerto, tampoco importan beneficios desde el

¹¹³⁵ POLAINO ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., pág. 101.

¹¹³⁶ POLAINO ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., pág. 101.

¹¹³⁷ <http://www.avt.org/actualidad/noticias-y-comunicados/avt-izquierda-abertzale-batasuna-y-batasuna-eta/530>

¹¹³⁸ ALONSO, Rogelio, “¿Qué política antiterrorista frente a ETA?, lecciones desde la perspectiva comparada”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, FAES Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, octubre/diciembre, 2007, pág. 98.

punto de vista sistémico. El abandono habrá de ser definitivo para que surta efecto en la inseguridad cognitiva. Ello tiene una razón de ser, porque si el diálogo se condiciona a las exigencias de la organización criminal para el cese de las actividades terroristas, entonces la seguridad cognitiva no se ve reparada y tampoco hay un verdadero sentido de motivación hacia la norma. Lo que hay es un engaño, una afrenta al Estado, una perpetuación sobre el cuestionamiento a la vigencia de la norma, la ausencia de garantía frente a los demás. “Todo aquel que prometa de modo más o menos confiable fidelidad al ordenamiento jurídico tiene Derecho a ser tratado como persona en Derecho. Quien no preste esta promesa de modo creíble será tendencialmente heteroadministrado; se le priva de derechos”,¹¹³⁹.

Volviendo a las consideraciones sobre la despersonalización de los sujetos conformadores en la organización terrorista, dicho fenómeno no sólo es temporal, sino que también es parcial. La despersonalización no afecta a toda la esfera funcional del sujeto, sino que sólo es específica en un punto neurálgico que es el relevante sistémicamente. La literatura denomina este proceso como *relativismo* en el sentido de que sólo se es enemigo en un ámbito concreto y por ende no abarca toda la personalidad del sujeto¹¹⁴⁰. Por ejemplo: en una región del País Vasco todos los días muy temprano, una persona se levanta, saluda a sus familiares y se dirige a su trabajo respetando las normas de tránsito y demás, pero por la tarde esta misma persona se reúne con otros cinco sujetos y juntos se dedican a organizar la estructura de una organización criminal con fines separatistas. Ello no quiere decir que el sujeto sea enemigo para sus hijos, o enemigo para los viandantes, sino que será enemigo en cuanto al momento en el que deja de prestar la seguridad cognitiva, es decir, cuando se reúne con otros para la organización de la empresa criminal. LUHMANN bajo este contexto pero de una manera un tanto empañada considera que se puede presentar la situación en la que la exclusión no signifique la pérdida de la personalidad en un contexto sistémico, ello porque más que considerar a la persona como un sujeto que debe aportar seguridad se le identifica más bien como un sistema psíquico¹¹⁴¹, conforme a su división de los sistemas en psíquicos, biológicos y sociales, opinión que no compartimos debido a su opacidad.

JAKOBS, sobre el tema de la exclusión y su relatividad, afirma lo siguiente: “En la mayoría de las ocasiones, el sujeto en cuestión probablemente se encuentre sólo parcialmente en la posición de un enemigo, dicho con mayor exactitud, él se colocará en tal posición; pues la exclusión en una sociedad de libertades siempre es autoexclusión: cambiando su conducta, el enemigo podría volver a convertirse en ciudadano”¹¹⁴². La exposición del maestro alemán es tan clara que por eso hemos decidido plasmarla íntegramente. La naturaleza relativizante del Derecho penal del enemigo echa por la borda un sin número de críticas que se le hacen al sistema tachándolo de estigmatizador como lo hace CANCIO MELIÁ al emplear términos como *demonización*, *Lucifer*¹¹⁴³ y demás que se alejan de un debate serio sobre la normatividad de los conceptos funcionalistas para sumirlo en un discurso políticamente correcto, emotivista y oscuro.

¹¹³⁹ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pág. 33.

¹¹⁴⁰ POLAINO ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., págs. 96-67.

¹¹⁴¹ JAKOBS, Günther, *Dogmática de Derecho penal*, op. cit., pág. 53.

¹¹⁴² JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pág. 34.

¹¹⁴³ CANCIO MELIÁ, Manuel, “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?”, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª. edic., Civitas, Madrid, 2006, pág. 121.

La realidad es que el Derecho penal del enemigo es un mecanismo asegurativo, de naturaleza excepcional que implica una administración inteligente y de verdadera *ultima ratio* del Derecho penal¹¹⁴⁴. No negamos el peligro que implica el mal uso del Derecho penal del enemigo, pero ello sucedería con o sin el reconocimiento científico de este. Por ello es labor de la dogmática establecer claramente sus límites y subrayar su uso como mecanismo absolutamente inevitable y excepcional.

IV.- Comprobación del status de enemistad en el delito de organización terrorista ¿es el Derecho penal del enemigo antigarantista?

Bajo el epígrafe que nos disponemos a iniciar se han escrito ríos de tinta más grandes que el Guadalquivir que se han estacionado en lo falaz y lo políticamente correcto. La doctrina mayoritaria ha decidido enfrentar al funcionalismo y al Derecho penal del enemigo con el garantismo; ello como si el debate jurídico contemporáneo en España fuese una contienda -usando los términos de CANCIO MELIÁ- entre ángeles y demonios (!) cuando no hay nada más lejos que ello de la realidad. Para resolver a través del Derecho los problemas que se someten a su consideración, no podemos estudiarlos desde perspectivas extremas, blanco o negro, porque sencillamente la vida jurídica no es así, sino que se encuentra llena de colores y tonalidades que además van cambiando conforme avanzan los tiempos.

La determinación de un Derecho que respeta las garantías fundamentales de los ciudadanos es esencial para que pueda ser considerado como tal. El Derecho penal del enemigo no riñe con dichas condiciones esenciales para la convivencia humana. El Derecho penal del enemigo no es un Derecho, como lo quieren hacer ver muchos, de “Ley de fugas”, “descuartizamiento público” o algo semejante¹¹⁴⁵, simplemente es un enfoque distinto ante una realidad que lleva desde siempre existiendo en las sociedades humanas ¿reconocer la realidad y tratar de resolverla significa ser antigarantista? Pues creemos que no, simplemente se parte de presupuestos sistémicos y de una concepción de la sociedad distinta pero fundamentada en sólidas construcciones científicas.

Bajo este esquema extremadamente general de los extremos que componen la disciplina que exploramos, hemos de abordar el tema de la comprobación de la calidad de enemigo. El Derecho penal del enemigo en el combate al terrorismo es descriptivo, categoriza conforme al déficit de seguridad que se genera objetivamente. Describir en el lenguaje profano no tiene mayor trascendencia, salvo institutos especiales en los que se es garante, por ejemplo en la regulación del tráfico aéreo, tácticas militares y circunstancias más o menos extraordinarias. Pero si nos encontramos ante un sistema de respuesta contrafáctica, que es especialmente contundente, la descripción adquiere un relevancia fundamental, porque lo que se describe con alta probabilidad habrá de ser sometido ante el control heteroadministrador de Estado. En este sentido la problemática habrá de permanecer dentro de los linderos del respeto a las garantías y derechos de los sujetos que son terroristas, habrá que corroborar absolutamente el estatus de enemistad que presentan y por ende el grado de inseguridad cognitiva que producen.

El hecho de que un promotor, fundador, organizador o director de una organización terrorista sea reconocido como tal no quiere decir que se le haya de tratar como un bien del Derecho de cosas en la terminología de KANT. Simplemente se habrán

¹¹⁴⁴ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pág. 35.

¹¹⁴⁵ JAKOBS, Günther, “¿Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pág. 42.

de tomar las medidas necesarias para neutralizar el poder desmotivador que presenta. En contraposición, en la actualidad existen sistemas jurídicos que van más allá de las categorías descriptivas del funcionalismo. Dichos sistemas, como la codificación penal cubana son un paradigma de un Derecho penal inocuidador lejano diametralmente al Derecho penal del enemigo a pesar de que parte de la doctrina así lo estime¹¹⁴⁶. Veamos algunos ejemplos:

ARTÍCULO 28.1. Las sanciones pueden ser principales y accesorias.

2. Las sanciones principales son las siguientes:

- a) muerte;
- b) privación de libertad;
- c) trabajo correccional con internamiento;
- ch) trabajo correccional sin internamiento;
- d) limitación de libertad;
- e) multa;
- f) amonestación.

ARTÍCULO 72. Se considera estado peligroso la especial proclividad en que se halla una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista.

Estos dos artículos pertenecen al CP cubano, donde podemos apreciar medidas inocuidadoras como la pena de muerte y el destierro, así como estados subjetivos de peligrosidad social (no peligrosidad criminal) como en el artículo 72 en contra de conceptos tan amplios como las “normas de moral socialista”. ¿Esto es Derecho penal del enemigo? No. ¿Derecho penal del enemigo mal aplicado? Tampoco. Es un sistema de normas pertenecientes a un régimen dictatorial como el de aquel país.

Como se puede apreciar con claridad, los fundamentos del Derecho penal para el combate a las organizaciones terroristas en España no tienen absolutamente nada que ver con este sistema. Las críticas al Derecho penal del enemigo, en su mayoría infundadas, tratan hacer de esta sugerente disciplina un símil con las disposiciones transcritas del citado CP. Veamos cómo se regula y se sanciona el tipo penal de terrorismo.

¹¹⁴⁶ Sanz Morán, Ángel José, “El tratamiento del delincuente habitual”, en Coral ARANGÜENA FANEGO / Ángel José SANZ MORÁN, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, pág. 123. En el mismo sentido Fernando MIRÓ LLINARES, “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas: Estado de Derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edic. del libro Derecho penal del enemigo de Günther JAKOBS y Manuel CANCIO MELIÁ”, en *RFCSJE*, Vol. 1, núm. 1, Elche, 2006, pág. 138.

ARTÍCULO 106. “El que, con el fin de afectar la seguridad del Estado, fabrique, facilite, venda, transporte, remita, introduzca en el país o tenga en su poder, en cualquier forma o lugar, materias, sustancias o instrumentos inflamables, explosivos, asfixiantes, tóxicos, o agentes químicos o biológicos, o cualquier otro elemento de cuya combinación puedan derivarse productos de la naturaleza descrita, o cualquier otra sustancia similar o artefacto adecuado para producir consecuencias de la naturaleza de las descritas en los artículos 104 y 105, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte”.

ARTÍCULO 107.1.”El que, con el propósito de afectar la seguridad del Estado, ejecute un acto contra la vida, la integridad corporal, la libertad o la seguridad personal de un dirigente del Partido Comunista de Cuba, del Estado o del Gobierno, o contra sus familiares, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte.2. Si el acto ejecutado se dirige a destruir o dañar gravemente los bienes de que dispongan las personas a que se refiere el apartado anterior, la sanción es de privación de libertad de uno a ocho años, salvo que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 105, caso en el cual la sanción aplicable es la prevista en ese precepto”.

ARTÍCULO 108. “El que, con el propósito de afectar la seguridad del Estado, adultere sustancias o productos alimenticios o de otro tipo, destinados al consumo de la población, de modo que resulten capaces de causar la muerte o graves trastornos a la salud de las personas, incurre en sanción de privación de libertad de diez a veinte años o muerte”.

ARTÍCULO 109. “El que realice cualquier otro acto no sancionado más severamente por este Código, que por su forma, medios u oportunidad de ejecución, tienda a sembrar la alarma en la ciudadanía con el fin de crear condiciones que afecten la seguridad del Estado, incurre en sanción de privación de libertad de uno a ocho años”.

No existe una regulación específica como en España sobre la conformación de organizaciones terroristas, pero casi todos los actos considerados como de terrorismo se sancionan con pena de muerte, salvo el artículo 109. Ello quiere decir que el Derecho penal del enemigo se encuentra muy lejos de lo que parte de la doctrina española quiere hacer creer como un sistema opuesto al garantismo.

Podríamos continuar recorriendo las diferentes legislaciones de ciertos países y encontraríamos esquemas muy semejantes. A diferencia del ejemplo cubano, como lo mencionamos anteriormente, la calidad de enemistad terrorista ha de ser comprobada en su máxima concepción a través de aportaciones objetivas de inseguridad.

El Derecho penal del combate al terrorismo, como una especie típica de Derecho penal del enemigo, sólo puede existir bajo un contexto democrático o lo que se conoce en la literatura como la *ubicuidad democrática de la disciplina*¹¹⁴⁷. Ello debido a un debate que incide en la comunicación con el subsistema político y que parte de la legitimidad de las normas. Bajo tales premisas se puede afirmar que en una dictadura las normas son ilegítimas de raíz, mientras que en una democracia las normas son legítimas

¹¹⁴⁷ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op, cit., pág. 518.

por definición¹¹⁴⁸. Ello no es difícil de entender, porque en una democracia no existe un conflicto entre el sistema de expectativas y el órgano de gobierno. Por si esto fuera poco, el Derecho penal del enemigo estudia el llamado *Derecho penal del enemigo en los aparatos organizados de poder* cuando el gobierno es quien violenta y desestabiliza. Un Derecho penal de especial potencial asegurativo es parte de los elementos que demuestran las condiciones óptimas en las que se encuentran un Estado¹¹⁴⁹. En este sentido, en opinión de MIRÓ LLINARES, JAKOBS maneja dos concepciones de Estado, en la primera uno perfecto que goza de buena salud y en la segunda, un Estado real, práctico¹¹⁵⁰.

Lo que se ha señalado en sentido abstracto sobre el Derecho penal del enemigo en los párrafos anteriores tiene una directa relación con el tema del presente trabajo de investigación. Para combatir al terrorismo organizado no existe otro mecanismo jurídico que se pueda adecuar a las especiales circunstancias que implica el fenómeno. Es un instrumento jurídico de naturaleza inusual que deberá de aplicarse para supuestos excepcionales¹¹⁵¹. La excepcionalidad en la aplicación habrá darse en la práctica únicamente cuando se compruebe las aptitudes desestabilizadoras a través de quien promueva, constituya, organice o dirija una organización terrorista y para poder corroborar la descripción que hace la norma acerca de la enemistad, tendrá que comprobarse necesariamente el nivel de inseguridad cognitiva que ha desplegado el sujeto. El sistema de Derecho penal del enemigo es ante todo de naturaleza científica y descriptiva, completamente avalorativa. Ello garantiza el alejamiento hacia criterios ideológicos u ontologicistas, como los típicamente empleados en los regímenes dictatoriales.

El funcionalismo y la teoría sistémica de la sociedad que lo soporta, permite hacer gala en la utilización máxima del principio del hecho. Sólo será punible aquel que incumple con su rol, y en el caso del Derecho penal del enemigo, será punible aquel que además, invade esferas de organización ajenas, desestabiliza y vulnera de forma permanente la norma de flaqueo, en otras palabras, genera peligro e inseguridad para toda la sociedad. ¿Puede alguien seriamente negar el peligro que representa la conformación de una organización terrorista? Lo encontramos francamente complicado. Veamos una interesante toma de postura del a través de la STC 199/1987, de 16 de diciembre: “El terrorismo constituye una manifestación delictiva de especial gravedad, que pretende instaurar el terror en la sociedad y alterar el orden constitucional democrático, por lo que ha de admitirse que cualquier acto de apoyo al mismo comporta una lesión, al menos potencial para bienes jurídicos individuales y colectivos de enorme entidad, a cuya defensa se dirige el tipo analizado. No puede negarse en abstracto la posibilidad de que el Estado limite mediante el establecimiento de sanciones penales el ejercicio de los Derechos fundamentales para garantizar bienes tan relevantes como la vida, la seguridad de las personas o la paz social que son puestos en peligro por la actividad terrorista”.

¹¹⁴⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op. cit., pág. 518.

¹¹⁴⁹ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo”, op. cit., pág. 146.

¹¹⁵⁰ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo”, op. cit., pág. 148.

¹¹⁵¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Comunicando inseguridad. Sobre la función de la inhabilitación y de las medidas de seguridad restrictivas de Derechos y facultades en el anteproyecto del CP peruano de 2009”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 34.

La delincuencia organizada ya sea como género, o como especie -organización terrorista- es punida por la inmensa mayoría de los Estados y esto desde la perspectiva funcionalista se puede traducir en dos grandes rubros:

- a) *Comprobación del status de enemistad.*
- b) *Quebrantamiento de la seguridad cognitiva.*

Los instrumentos jurídicos que en el fondo acreditan los extremos que busca ordenar, explorar y sobre todo limitar, el Derecho penal del enemigo a circunstancias excepcionales han sido declarados constitucionales por los Estados que lo emplean. Ello sin duda aporta solidez a la doctrina. No obstante los argumentos que nutren de legitimidad al Derecho penal del enemigo han sido calificados de utópicos¹¹⁵².

La terminología *Derecho penal del enemigo* es tildada de agresiva¹¹⁵³, pero ello no pasa de ser una cuestión tangencial sobre el problema de fondo que se refiere a que el combate ordenado de las organizaciones terroristas debe ejecutarse bajo un esquema de cientificidad, donde las descripciones y categorías normativas sirvan como delimitadoras al propio poder punitivo del Estado. La categoría de enemigo podría no existir, ni la de terrorista, pero materialmente el trato seguramente sería diferenciado por el amplio espectro de inseguridad que representan (idea en la que se insistirá cuanto sea necesario). Para MIRÓ LLINARES, el Derecho penal del enemigo no puede tener cabida en un Estado democrático¹¹⁵⁴.

Como se ha afirmado,“(...) a juicio del legislador la delincuencia organizada en sus diversas manifestaciones , afecta la vida de miles de seres humanos; pero debido a que conserva escrupulosamente su indivisibilidad la sociedad no es consciente de la magnitud de los perjuicios que causa, ya que involucra elementos jurídicos, políticos, económicos, entre otros”¹¹⁵⁵. Esto quiere decir que la delincuencia organizada, en particular la delincuencia a través de la conformación de organizaciones terroristas, invade las esferas de otros subsistemas como la economía, la política, el deporte y el arte, todos los aspectos de la sociedad se ven afectados por que las personas en particular se ven imposibilitadas para desplegar libremente su personalidad, así uno a uno los sujetos van dando cuerpo al conglomerado social que al final se ve anquilosado, como un músculo enfermo o un organismo infectado.

¹¹⁵² MIRÓ LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo”, op. cit., pág. 147.

¹¹⁵³ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, Ubijus, Ciudad de México, 2010, pág. 19.

¹¹⁵⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo”, op. cit., pág. 156.

¹¹⁵⁵ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones*, op. cit., pág. 27.

CAPÍTULO VI

LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA COMO INJUSTO SISTÉMICO

I.- Consideraciones previas

El presente capítulo explora la naturaleza jurídica de la organización terrorista desde una perspectiva netamente sistémica acorde con la teoría funcionalista que se sigue en el presente trabajo. En el mismo sentido el concepto de persona ha de entenderse como entidad puramente normativa, lejos de cualquier criterio de tipo ontológico.

Debemos partir entonces de aquello que la doctrina ha denominado como el cambio de paradigma en cuanto en la historia del Derecho penal. De esta manera la ciencia penal se ha concentrado en un sistema enfocado en la persona física como centro de imputación penal. Sin embargo, la modernidad político-criminal exige seriamente desde hace varios años que la persona jurídica sea también considerada como una entidad susceptible de atribución de responsabilidad jurídico-penal. Ello no a través de las consecuencias jurídicas accesorias, sino bajo un esquema de plena responsabilidad penal de la empresa. Como señala la doctrina, el esquema que de manera clásica consideraba la responsabilidad penal concerniente exclusivamente a la persona física ha prácticamente desaparecido¹¹⁵⁶.

La estructura criminal tiene una importante semejanza con las empresas de carácter lícito que han inundado la moderna sociedad de riesgos. Así exploraremos las semejanzas estructurales entre dichas entidades. Para ello hemos de iniciar nuestras reflexiones partiendo de la estructura criminal organizativa.

II.- Estructura organizativa

A) Aspecto objetivo. Pluralidad numérica y sentido organizativo

El delito de organización requiere de una pluralidad de sujetos intervinientes. En España actualmente la organización/grupo criminal se integra con por lo menos tres sujetos. No obstante, el criterio numérico no siempre fue el mismo. En una época anterior a la democracia española, la STS 1032/1979, de 8 de octubre, expuso el criterio conforme al que bastaban dos personas para satisfacer las exigencias cuantitativas del tipo penal organizativo: “(...) fijando la atención en el artículo 172 tercero del CP (...) b) el número de asociados no debe ser inferior a dos, aunque algunos sectores doctrinales exigen número no inferior a tres y otros entienden que dicho número sólo es trascendente en función de la meta perseguida (...)”.

Bajo el esquema que plantea GARCÍA RAMÍREZ, es necesario tener en cuenta que el delito de organización habrá de diferenciarse de la pluralidad subjetiva ordinaria, es decir, del binomio de autores y partícipes¹¹⁵⁷ (de los delitos unisubjetivos). En el caso del artículo 571, a diferencia de los demás tipos que regulan los delitos de terrorismo dentro de la legislación penal española, se requieren forzosamente tres o más sujetos

¹¹⁵⁶ MIRÓ LLINARES, Fernando “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del código penal (al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)”, en Luis Antonio SOLER PASCUAL (dir.), *Estudios de Derecho Judicial. Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 91, Madrid, 2006, pág. 196.

¹¹⁵⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 16.

para que se pueda configurar el delito de organización. Si se comete por un sujeto en solitario, se actualizará el tipo de terrorismo individual, y si se comete por dos, se estará ante otro tipo penal y habrá que someter el caso a las reglas de la autoría y participación (aplicadas a los delitos unisubjetivos). El legislador, al determinar que son tres o más los sujetos necesarios para la conformación de la organización, ha establecido un criterio objetivo-normativo concreto.

El legislador ha elegido dicho elemento cuantitativo al establecer el mínimo que se requiere para poder diferenciar de las reglas ordinarias de la coautoría y participación. Si ello no fuese así, la aplicación del Derecho penal del enemigo sería desmedida, perdiendo la excepcionalidad como uno de sus elementos. También se presentarían importantes problemas a nivel dogmático cuando con la mera intervención de dos sujetos se realizará potencialmente un delito de organización. El fenómeno culminaría con una sobreaplicación del Derecho penal en las fronteras de los delitos de organización. Desde un punto de vista sistémico, el legislador ha decidido establecer en dicho nivel numérico de tres sujetos el reconocimiento de un importante ambiente desestabilizador. En otras palabras, tres sujetos son suficientes para generar un caldo de cultivo lo suficientemente peligroso que pueda dar pie a la conformación de delitos organizativos.

Tres o más personas ya poseen aptitud para conformar un injusto de organización¹¹⁵⁸. Incluso en importantes Instrumentos internacionales se maneja el mismo criterio numérico. Así lo pone de manifiesto el Consejo de Europa a través del reporte de la situación del crimen organizado y el delito cibernético del año 2004, en el que se acepta que el crimen organizado tiene el mismo criterio numérico de tres o más sujetos que actúan de forma concertada¹¹⁵⁹. El documento también señala el nivel de cercanía existente entre el crimen organizado y la delincuencia económica por sus especiales efectos lesivos¹¹⁶⁰. En el mismo sentido se expresa ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, al manifestar: “No en vano las organizaciones criminales parecen adoptar como punto de referencia los modelos y estructuras del mundo de la industria y de los negocios”¹¹⁶¹.

Es interesante la manera en la que el elemento cuantitativo se encuentra presente en gran parte de las reflexiones construidas por la literatura especializada. DE LA CORTE IBÁÑEZ señala lo siguiente: “(...) especialistas han definido las organizaciones como: 1. Una asociación de individuos y grupos de individuos expresamente creada para alcanzar una serie de objetivos y metas que están explícitamente definidos. 2. Una cierta división de tareas y funciones que implicará variaciones respecto al nivel de autoridad y responsabilidad de las personas que desempeñen cada una de esas tareas y funciones. 3.

¹¹⁵⁸ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos de organización”, op. cit., pág. 66. En otro sentido “(...) el contenido material del concepto de organización criminal que nos ofrece el CP español, se caracteriza por la concurrencia de los siguientes elementos: a) agrupación o reunión de varias personas, un mínimo de dos, según nuestro legislador”, en José E SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, “Delitos contra el orden público (V)”, op. cit., pág. 1193. Esta apreciación no la consideramos acertada puesto que el tipo penal es muy claro al señalar que se requieren *más de dos personas* para la integración de la organización terrorista.

¹¹⁵⁹ Consejo de Europa, *Organised crime in Europe: the treta of cybercrime*, Publicaciones del Consejo de Europa, Francia, 2005, pág. 9.

¹¹⁶⁰ Consejo de Europa, *Organised crime in Europe*, op. cit., pág. 9.

¹¹⁶¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad organizada Unión Europea y sanciones a empresas”, en *Criminalidad Organizada. Reunión de la Sección Nacional Española Preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, edita el Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla La Mancha, Almagro, 1999, pág. 61.

Un conjunto de normas formalizadas y explícitas que permitan coordinar y supervisar las actividades de los miembros de la organización, tomar decisiones y comunicarse entre sí”¹¹⁶².

De los elementos de la definición cabría extraer la división del trabajo en roles como elemento que demuestra la naturaleza funcional de la estructura.

La pluralidad de intervinientes es esencial para que la organización eche a andar como sentido comunicativo. El factor organizativo es el elemento diferenciador frente a otro tipo de delitos donde intervienen una pluralidad de agentes¹¹⁶³. La separación organizativa de la banda es muy importante respecto a delitos cometidos especialmente por muchedumbres o conglomerados de personas. Estas tipologías delictivas, si bien es cierto que se cometen en un grupo, también lo es que no contienen una organización de forma estratificada, conforme a un escalafón de roles y sujetos.

Un elemento controvertido que se vincula con la pluralidad de sujetos es la temporalidad. La organización debe de estar previamente constituida: no puede ser espontánea; no obstante, dicho elemento, si es sobrevalorado, genera problemas de naturaleza dogmática y judicial¹¹⁶⁴. En la práctica se antoja complicado que la organización surja más o menos espontáneamente. Esto tiene también implicaciones que se relacionan con la pluralidad de sujetos que habrán de participar, debido a que el injusto de organización requiere de varios miembros precisamente para que se pueda llevar a cabo un efectivo reparto de roles y funciones que permitan que la organización sea aprovechada estructuralmente al máximo.

Un ejemplo de la vida cotidiana puede clarificar nuestras afirmaciones. Si imaginamos que un grupo de amigos se dispone a organizar una fiesta de cumpleaños para otro miembro de la cuadrilla, si son pocos los que participan en la organización se verán obligados a asumir la realización de una cantidad mayor de tareas, mientras que si son un número mayor, el reparto será más ligero y permitirá incrementar la calidad en la(s) labores asignadas a cada uno de los organizadores.

Lo mismo sucede en los delitos de organización. A mayor número de sujetos intervinientes, mayor riqueza (especialización) en cuanto al reparto de funciones. El número de personas tiene una relación directa con el éxito de la propia organización criminal. Sobre la espontaneidad, también el mayor número de sujetos permite que la estructura criminal mantenga por un mayor tiempo.

La organización de las agrupaciones es el núcleo generador de la inseguridad, debido a que la unión criminal resulta mucho más dañina para el sistema de expectativas y en consecuencia posee un mayor poder de desestabilización e inseguridad. Ante dicha realidad criminal y debido al peligro que representan, no sólo las organizaciones terroristas, sino cualquier organización o banda criminal, la problemática deberá de combatirse con una política criminal de especialización. La pluralidad de sujetos tiene importancia para el éxito de la organización, lo cual se debe a que a mayor número de sujetos mayor grado de desestabilización, o en otras palabras, a mayor número de integrantes, mayor grado de inseguridad cognitiva.

¹¹⁶² DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 276.

¹¹⁶³ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 229.

¹¹⁶⁴ Sobre este mismo debate en México se generó una importante discusión hace algunos años.

Para el modelo de organización criminal son fundamentales los elementos de permanencia, jerarquía y organización ¹¹⁶⁵. Dichos elementos sólo son viables si se cuenta con cierto número de sujetos de tal suerte que sus aportaciones harán las veces de ladrillos en el edificio organizativo desestabilizador.

Por otra parte, hasta antes de la reforma de 2010 la doctrina se había enfrascado en un debate acerca de la diferencia entre banda armada y organización criminal. Para MORAL DE LA ROSA los elementos de la banda armada comprenden: 1. Grupo compuesto por varias personas. 2. Que dispongan de armas, ya sea de fuego y/aparatos o sustancias explosivas o inflamables. 3. Potencial para crear terror. 4. Propósito común o misma ideología por parte de sus miembros de alterar la paz pública o el sistema democrático constitucional ¹¹⁶⁶.

El autor citado no hace una diferencia entre ambos conceptos (banda armada y organización criminal), al igual que no lo hace el legislador ni la gran mayoría de la doctrina, criterios a los que nos suscribimos. Sin embargo, al respecto resulta interesante la opinión de ANARTE BORRALLO, para quien la banda se caracteriza por un número menor de miembros, una vida más corta en términos de temporalidad, estructura organizativa inferior a la de las organizaciones y porque, en cuanto a su campo de acción, este es reducido y local, mientras que las organizaciones pueden estar teñidas de una proyección internacional ¹¹⁶⁷. Sin duda, el planteamiento arroja algunas pinceladas acerca de la diferencia entre banda y organización criminal, que no pasan de ser sólo eso.

En la actualidad la línea que diferencia ambos fenómenos tiende a desaparecer y más bien la banda consiste en un estadio evolutivo anterior a la organización criminal. Muchas organizaciones criminales internacionales tuvieron sus inicios como bandas juveniles o pandillas y rápidamente han evolucionado hasta convertirse en empresas criminales transnacionales ¹¹⁶⁸. Por ello los Estados, auxiliados de los mecanismos jurídicos y policiales de investigación, deben prestar especial atención a las bandas y su evolución para combatirlas desde su génesis. Las bandas también tienen un poder desestabilizador intolerable.

Otro fenómeno que debe ser considerado en la actualidad es que las grandes organizaciones criminales cooptan o contratan bandas para la realización de determinadas labores, por ejemplo la de ejecutar rivales, secuestros, espionaje callejero, narcomenudeo, reclutamiento de nuevos elementos etc. Otra razón por la que las grandes organizaciones trabajan en conjunto con bandas es por que éstas poseen un enorme potencial violento, lo cual sirve como medida de amedrentamiento contra grupos rivales. Las bandas suelen ser la “carne de cañón” de las organizaciones criminales.

¹¹⁶⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 231-232.

¹¹⁶⁶ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 184.

¹¹⁶⁷ ANARTE BORRALLO, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 22.

¹¹⁶⁸ Claros ejemplos de fenómenos son las bandas centroamericanas como la Mara Salvatrucha que comenzaron siendo bandas juveniles y ahora son peligrosas organizaciones internacionales asociadas a carteles de la droga en México y Guatemala. Por otra parte en México los carteles de la droga cooptan miembros de las bandas debido a su juventud y potencial violento.

El nivel de asociación que pueden alcanzar las organizaciones delictivas ha llegado a generar, inclusive, federaciones de criminales que se dividen territorios y pactan para evitar conflictos entre ellos. Este fenómeno es típico en países latinoamericanos. Ello en razón del gran incremento numérico que pueden llegar a contener las organizaciones criminales.

Reconocemos que la doctrina no se ha puesto de acuerdo en el tema que se estudia. Resulta altamente complicado establecer los límites y las fronteras del concepto de criminalidad organizada¹¹⁶⁹, pero a efectos del presente trabajo somos de la opinión que en la actualidad las bandas generan un enorme grado de inseguridad cognitiva que es idéntico al de las organizaciones criminales, por lo que para efectos normativistas no existe una verdadera diferencia entre ambos conceptos.

Las organizaciones criminales y las bandas se encuentran dogmáticamente en el seno de los llamados delitos de organización. El problema es de naturaleza global¹¹⁷⁰ y debe ser atendido con especial cuidado tanto por la dogmática como por la política criminal.

La organización terrorista como especie de organización criminal que se integra por más de dos personas tiene que ser observada bajo un prisma diferente. No deberá de ser entendida como la simple unión y actuación concertada de una pluralidad de sujetos¹¹⁷¹. La intervención de tres o más sujetos es un criterio general como signo distintivo del fenómeno de la criminalidad organizada¹¹⁷². Bajo este esquema resulta comprensible la exigencia de tres o más personas para conformar la organización criminal. Ello no ha de entenderse necesariamente como una reunión física de los sujetos, sino como una suma de voluntades. El conjunto volitivo se traduce en un concierto para poder llevar a cabo los objetivos que se ha planteado la organización.

La suma de voluntades habrá de responder a una finalidad y por ende a un acuerdo sobre dicho objetivo. El acuerdo será el modelo de acción del sistema organizativo. La organización criminal puede ser explorada a través de un paralelismo conforme a la empresa lícita a partir de sus elementos comunicativos, reflejo del sentido organizativo de la misma. La organización empresarial es un sistema nutrido de procesos comunicativos autopoiéticos¹¹⁷³. La empresa se basta a sí misma para poder existir.

¹¹⁶⁹ En este sentido José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, op. cit., pág. 7.

¹¹⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención?, Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coord.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1070.

¹¹⁷¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit., pág. 28.

¹¹⁷² SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada*, op. cit., pág. 31.

¹¹⁷³ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las empresas”, en Alexander WUNDERLICH / Aury Celso LIMA LOPES JUNIOR / Gabriel José CHITTÓ GAUER / Ruth María CHITTÓ GAUER / Salo DE CARVALHO (dir.), *Revista de Estudos Criminais*, Año IV, Núm 20, Editora Fonte do Direto LTDA, Porto Alegre, 2005, pág. 60.

B) Aspecto subjetivo, el acuerdo previo

Especial dificultad representa la cuestión del acuerdo previo. Resulta complicado entender la reunión plurisubjetiva sin un elemento de esta naturaleza; nadie se reúne sin un propósito y ello es todavía más claro en la organización de tipo terrorista. En el injusto existen claros objetivos como lo son el de alterar la paz pública y subvertir el orden constitucional, elementos que serán abordados a profundidad en un capítulo posterior. Sin una correcta planeación es imposible alcanzar las metas.

El acuerdo previo, al igual que los demás elementos subjetivos y estructurales del delito de organización, generan dificultades a los que la propia casuística se ha tenido que enfrentar. Siempre que se necesite una cierta estructura creada con la finalidad de delinquir necesariamente, se deberá de pensar en un acuerdo previo, y ello debido a que las estructuras se oponen naturalmente a las conformaciones espontáneas. Resulta imposible poder concebir una estructura operando sin planeación y estructura.

GARCÍA RAMÍREZ cita la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada y establece sobre sus acciones que “no son impulsivas, sino más bien el resultado de previsiones a corto, mediano y largo plazos con el propósito de ganar control sobre diversos campos de actividad y así amasar grandes oportunidades de dinero y poder real”¹¹⁷⁴.

Para la creación y operación del injusto de organización es necesario el acuerdo previo. Sin acuerdo previo no se puede actualizar el modelo de organización organizativo lícito o ilícito

La doctrina que se encargó de analizar la legislación anterior a la reforma de 2010 exploraba la estructura de la organización criminal en el artículo 515 y la temática relativa a la permanencia y acuerdo previo siempre fue problemática. Parte de la doctrina introdujo el concepto de “mafia” en un escalón intermedio desde el punto de vista organizativo, considerándolas como entidades más o menos organizadas¹¹⁷⁵, determinación que consideramos por cierto obscura, además de que el diccionario de la lengua española parece decir lo contrario: Mafia: organización criminal de origen siciliano. 2. Cualquier organización clandestina de criminales. 3. Grupo organizado que trata de defender sus intereses.

El elemento organizativo es el signo distintivo que permea en el concepto¹¹⁷⁶, lo cual nos parece acertado porque la mafia también ha de requerir un acuerdo previo precisamente debido a su carácter organizativo. Dicho concepto puede ser extendido a cualquier injusto de sistema. Esto se debe a que es un concepto de tipo descriptivo y no valorativo; por lo tanto, cada entidad que tenga una adecuación conforme a la descripción -una estructura criminal organizada- habrá de ser considerada como una mafia.

¹¹⁷⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 103.

¹¹⁷⁵ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1489.

¹¹⁷⁶ “En la mafia, cada uno, el todo y las partes, desempeñan su papel. Y aunque las relaciones son ásperas y a veces hasta sangrientas, permiten dar a cada uno la ocasión de vivir en y para un colectivo. La estructura del clan en la que se basa la mafia le concede una solidez fundacional, originaria”, en Michel MAFFESOLI, *De la orgía. Una aproximación sociológica*, traducción de Manuel MANDIANES, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 86.

Bajo el mismo orden de ideas se encuentra conformada la categoría de asociación para delinquir o asociación ilícita donde no es posible confundir el carácter ilícito de la misma con el objeto social para el que se ha conformado¹¹⁷⁷ -por ejemplo para cometer actos de tipo terrorista-. En cuanto al acuerdo previo este resulta ser de vital importancia y es un elemento diferenciador en relación a otras figuras delictivas como la conspiración¹¹⁷⁸. El acuerdo previo y el objeto para el cual se delinque asociativamente dibujan un paralelismo entre la organización criminal y la empresa lícita comprendida como entidad estructural organizada.

En este sentido se puede hablar de una semejanza estructural entre las organizaciones criminales y las empresas lícitas, conforme a la posición de un observador externo de la actividad legislativa que motivó el artículo 15.6 de la Ley 1/2002, de 22 de marzo, que regula el derecho de asociación, señalando que la responsabilidad penal de la persona jurídica se regirá por lo establecido en las leyes penales. Esto significa que en la cosmovisión del legislador tanto la asociación lícita como la ilícita se encuentran dentro del mismo espectro estructural: si esto no fuese así entonces carecería de sentido que existiera el citado artículo.

La definición de la asociación ilícita es una herencia proveniente de la concepción jurídico-privada de asociación¹¹⁷⁹. La literatura considera que el punto de arranque para determinar que la asociación ilícita es antijurídica se presenta a partir del momento de su constitución, a diferencia de una asociación que inicialmente era lícita y que posteriormente deviene delictiva, lo cual representa la existencia de dos fenómenos distintos¹¹⁸⁰. No obstante, en ambos casos para su conformación, debió de haber sido necesario un acuerdo previo. Ello se pone de manifiesto en la opinión de SERRANO GÓMEZ que establece una semejanza con la conspiración a través de que ambas instituciones requieren el llamado *pacto previo* sobre la comisión de los delitos fin¹¹⁸¹. La interesante observación nos obliga a reflexionar acerca de dos pactos que se presentan dentro del universo de las organizaciones criminales. En el primer momento, un acuerdo acerca de la constitución de la propia organización, y más tarde, un pacto sobre los delitos para los que la propia organización se ha constituido.

Desde nuestro punto de vista, si imaginamos una línea temporal y estructural, en el punto inicial tendremos el acuerdo previo que da cuerpo a la organización y el

¹¹⁷⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1489. En este sentido que nos parece equiparable estructuralmente a las organizaciones empresariales, la doctrina hace la siguiente diferenciación que juzgamos importante citar textualmente “Una primera delimitación requiere diferenciar la criminalidad organizada en *sentido amplio* (la criminalidad *en* la empresa), que barca todas aquellas acciones que se desarrollan en el contexto de una actividad empresarial (de la que se ocupa principalmente el Derecho penal económico) y una organización criminal en *sentido estricto* que tiene como objeto precisamente el delito (la criminalidad *como* empresa) que es la que aquí nos interesa”, en José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, op. cit., pág. 8.

¹¹⁷⁸ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1489.

¹¹⁷⁹ TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Libro II: Título XXI de los delitos relativos a ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, op. cit., pág. 2348.

¹¹⁸⁰ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2445. En el mismo sentido “La *consumación* se produce con la mera constitución con finalidad delictiva, sin que se requiera una posterior actividad criminal, que de producirse daría lugar a un concurso ideal de delitos”, en Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 941.

¹¹⁸¹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 943.

extremo opuesto, al concluir del camino organizativo, la finalidad para la que se ha constituido. En otras palabras: el objeto social es distinto a la voluntad individual de los sujetos¹¹⁸².

C) ¿Objeto social en las organizaciones terroristas?

El objeto social es manejado comúnmente por la doctrina como un elemento teleológico independiente de la suma de voluntades de los miembros. La cuestión que ahora interesa es explorar si es posible trasladar, más allá de los elementos formales, la figura del objeto social al ámbito de los delitos de organización, comprendiendo naturalmente, al terrorismo.

La Ley orgánica 01/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, establece en su exposición de motivos que “(l)as asociaciones permiten a los individuos reconocerse en sus convicciones, perseguir activamente sus ideales, cumplir tareas útiles, encontrar su puesto en sociedad, hacerse oír, ejercer alguna influencia y provocar cambios”.

El artículo 5.1 señala el elemento estructural de las asociaciones, al establecer que las asociaciones se constituyen mediante acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas que se comprometen a poner en común conocimientos, medios y actividades para conseguir unas finalidades lícitas, comunes, de interés general o particular y se dotan de Estatutos que rigen el funcionamiento de la asociación.

Bajo la determinación de la norma, entonces, dentro de los Estatutos ha de contenerse el objeto social de la propia asociación, como señala el artículo 5.2: el acuerdo de constitución, que incluirá la aprobación de los Estatutos, habrá de formalizarse mediante acta fundacional, en documento público privado. Con el otorgamiento del acta adquirirá la asociación su personalidad jurídica.

En cuanto a la naturaleza de los Estatutos, por mandato del artículo 7.3 los mismos nunca podrán ser contrarios al orden jurídico. Bajo este contexto legal, dentro de los Estatutos habrá de concretizarse el objeto para el que se conforma la asociación misma que evidentemente deberá de ser conforme a Derecho.

Naturalmente la organización criminal no elaborará unos Estatutos que depositará ante los funcionarios correspondientes, ni se constituirá en escritura notarial. Pero si los Estatutos son considerados desde una perspectiva funcional, como rieles sobre los cuales habrá de transitar y desarrollarse la organización, entonces ya hay una semejanza mayor. Todas las organizaciones de tipo criminal tienen un plan de acción, un esquema bajo el que habrán de funcionar, y ello se pone aún más en evidencia en las organizaciones de tipo terrorista. Ésta además de poseer una ideología determinada tendrá lo que nosotros denominamos un *objetivo estructural*. Con esto queremos decir que la propia organización deberá de tener un planteamiento que la sostenga como sistema, es decir, un modelo organizativo determinado en el que se justifique su existencia.

¹¹⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra la constitución”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 1286.

El objetivo estructural representa un complejo entramado comunicativo al interior de la propia organización, alrededor del que giran todos los procesos autopoiéticos del subsistema organizativo. Ello tiene una directa relación con el grado de complejidad del propio injusto. Precisamente la organización terrorista tiene una mayor complejidad operativa, gracias al objeto social que marca su estructura organizativa, a diferencia, por ejemplo del grupo criminal.

Por complejo queremos designar “aquella suma de elementos conexos en la que, en razón de una “limitación inmanente” a la capacidad de acoplamiento, ya no resulta posible que cada elemento sea vinculado a cada otro en todo momento. El concepto de “limitación inmanente” remite a la complejidad interior de vinculación de los elementos, a la que ya no puede acceder el sistema y que posibilita, a su vez, su “capacidad de unidad”. En este sentido, la complejidad es un estado de cosas autocondicionado, debido a que los elementos deben constituirse complejamente para fungir como unidad en el nivel superior de la formación de sistemas, y por lo tanto su capacidad de acoplamiento es limitada”¹¹⁸³.

Como expresa la cita, el modelo es perfectamente aplicable al paradigma de la organización criminal donde los procesos son autopoiéticos en su interior encontrándose limitados en cuanto a su complejidad por los propios elementos que la integran. Por ejemplo: la relación en cuanto a los roles y funciones que se presentan entre un jefe que ordena a un sicario ejecutar a un funcionario público se encuentra dentro de un nivel de complejidad asequible, donde el jefe ordena y el subordinado obedece y ejecuta. Ello tiene un fundamento que descansa sobre la base del objeto social que justifica la existencia de la organización. Se asesina al funcionario porque impide a la organización criminal alcanzar sus objetivos. En el caso particular del terrorismo existe una afectación tanto particular como colectiva en razón de los bienes jurídicos vulnerados¹¹⁸⁴.

El objeto social sirve como limitante de las operaciones que habrá de llevar a cabo el sistema criminal, ello desde un punto de vista teórico y empírico también. El sistema se reconoce a través de los límites con el entorno. Los sistemas entonces son entidades limitadas¹¹⁸⁵. Por ejemplo, el sistema terrorista X podrá arrogarse la invasión a esferas de organización ajenas a través de colocar una bomba, pero no a través del ejercicio democrático del derecho de asociación. Ello porque dentro de los objetivos operativos de X no se encuentra la búsqueda pacífica y prolongada en el tiempo de un cambio histórico en su zona de operación, sino que surge como una respuesta a través de la violencia, es decir, por el cambio violento de expectativas. La organización como injusto se encuentra limitada a llevar acabo sólo aquellas operaciones que se encuentren dentro de sus objetivos. Lo demás se encuentra fuera de su ámbito de administración. Por ello, en el caso EKIN, se demostró que la propaganda¹¹⁸⁶ no era más que una estratagema más de la organización terrorista, en términos sistémicos diríamos que su

¹¹⁸³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 47.

¹¹⁸⁴ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 187.

¹¹⁸⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 51.

¹¹⁸⁶ Sobre la relación entre propaganda y criminalidad organizada, *Vid.* Werner KLUGHARDT, *Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus aus strafrechtlichsoziologischer Sicht*, VVF, Munich, 1984, págs. 147-149.

ámbito de organización se encontraba ampliamente extendido y por ello no era nada más que otra operación perteneciente al mismo injusto organizativo¹¹⁸⁷.

El límite reduce la complejidad al interior y exterior del propio sistema¹¹⁸⁸. Será realmente tarea de éste establecer sus propios límites: “(...) la definición de los límites se dirige hacia dentro del sistema y es ahí, al determinar sus límites por medio de operación y establecer todos los contactos con el entorno a través de distintos niveles de realidad, que los sistemas cerrados autorreferenciales muestran su aptitud”¹¹⁸⁹.

El objeto social u objetivo estructural, además de permitir la limitación de las operaciones y establecer también límites en cuanto que permiten diferenciar entre el sistema entorno y sistema-sistema, tiene un profundo influjo organizativo. Sin organización no hay mucho que se pueda esperar¹¹⁹⁰, en otros términos, se reducen las expectativas de éxito.

El objeto social precisamente concentra dentro de sí, todas las expectativas que se esperan satisfacer. Contiene las operaciones llevadas a cabo por el sistema hacia fuera de sí mismo pero que han sido concretizadas al interior de éste. Ello tiene relación directa con la complejidad entendida como selectividad en cuanto a las relaciones de los elementos del propio sistema¹¹⁹¹. Desde nuestra perspectiva, será el objeto social el que determine dichas relaciones.

La estructura criminal habrá de determinar, a través de sus procesos autorreferenciales, cada tipo de operaciones que deberá de ser realizada por sujetos que lleven a cabo un rol correspondiente de forma proporcional al desembolso de riesgo ante la tarea planteada. El hecho de ser un elemento perteneciente al sistema ha de analizarse a la luz de una teoría funcional, es decir, que tiene un papel dentro del sistema y no como un concepto de tipo ontológico¹¹⁹².

El crimen en la actualidad lleva una importante carga organizativa, donde nos encontramos ante un esquema de alto “nivel de especialización”¹¹⁹³. La carga organizativa se concentra en el objeto social, por lo menos en el inicio de las actividades criminales y habrá de marcar la pauta, en todas y cada una de las misiones u objetivos que se busque cumplir por medio del actuar organizativo. Lo anterior, con absoluta independencia de las aspiraciones personales que tengan cada uno de los miembros, porque lo que importa es, en síntesis, la voluntad de la organización terrorista.

¹¹⁸⁷ Respecto a la extensión del ámbito de organización en esferas de administración ajenas, sucede exactamente en los combates entre miembros de la mafia en todo el mundo pero particularmente en México se actualiza la vigencia de dicho fenómeno al invadir un cártel el ámbito de organización de otro semejante hay una invasión sistémica y no hay un respeto entre sistemas de operación generando entonces el caos en el que se encuentra la situación, hay un desorden sistémico entre los grupos criminales por invasión y falta de límites en las operaciones.

¹¹⁸⁸ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 52.

¹¹⁸⁹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 53.

¹¹⁹⁰ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 3.

¹¹⁹¹ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 14.

¹¹⁹² LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 16.

¹¹⁹³ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization: its elementary forms*, Heinemann Educational Books, Londres, 1972, pág. 4.

La organización criminal se caracteriza por que puede seguir operando violentando la norma incluso cuando se presentan cambios en los elementos que llevan a cabo las labores¹¹⁹⁴, es decir, en los sujetos que ejecutan las tareas. Estos sujetos deberán desempeñar las labores para las que posean mayor habilidad¹¹⁹⁵. La división de los trabajos habrá de permitir a la organización cumplir con el objeto social y además lidiar de manera más efectiva con el entorno. Los miembros son fungibles, los roles no.

Dentro de los parámetros que determinan la conformación y el actuar de la organización terrorista se presentará un fenómeno de confrontación organizativa entre sistema y entorno. Esto quiere decir que habrá un enfrentamiento entre el subsistema organizado (injusto de organización) y el entorno que a su vez es una entidad organizada, por ejemplo, la sociedad en cierto país. De esta manera habrá un choque entre sistemas de expectativas. La propia organización posee en perspectiva la expectativa que su entorno estará organizado¹¹⁹⁶. Si no existiera esta esperanza, la propia organización delictiva no tendría razón de existir porque no habría un ambiente propicio para la realización de los objetivos que se persiguen y que han sido definidos por el propio objeto social.

LUHMANN considera que toda organización habrá de requerir de bases internas de seguridad dotadas de suficiente protección e independencia frente al entorno¹¹⁹⁷. Aunque ello parezca un juego de palabras, tiene una interesante trascendencia para nuestro tema de investigación, ya que para el sociólogo alemán la seguridad descansa sobre certezas autoconfeccionadas que tienen comprobación objetiva, como lo son libros de actas, comunicaciones sobre el estado de los asuntos de la sociedad, listas de asistencia, firmas entre otros¹¹⁹⁸. Los elementos permiten que la corporación tenga una certeza sobre sus operaciones, en otras palabras: “la seguridad de la organización se encuentra en sus actas y en relación con ellas se reactiva”¹¹⁹⁹.

El esquema no puede ser trasladado sin más al ámbito del injusto de organización. No obstante, habrá que averiguar de dónde emana la seguridad requerida para que las bases internas se mantengan firmes. Desde nuestro punto de vista, dichas columnas sobre las que habrá de descansar la propia organización criminal tienen una naturaleza semejante a las normas de flaqueo, ya aludidas en el presente trabajo de investigación. Esto puede representar una sencilla aproximación al problema. Es innegable que también la propia estructura criminal habrá de requerir de un mecanismo asegurador sobre el que pueda descansar estructuralmente hablando. Las expectativas al interior de la organización habrán de ser reforzadas partiendo del objeto social como fuente de expectativas y serán robustecidas a través de la práctica de las propias operaciones al interior y al exterior del sistema. Ello es una especie de paradoja sistémica, porque las expectativas que se han concretizado a través del objeto social serán reforzadas con el éxito de las operaciones que se lleven a cabo por parte de la organización criminal. En otras palabras, por medio del cumplimiento de los objetivos previamente trazados.

¹¹⁹⁴ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 14.

¹¹⁹⁵ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 61.

¹¹⁹⁶ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 56.

¹¹⁹⁷ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 63.

¹¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 63.

¹¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 63.

La inseguridad es aportada por las operaciones criminales exitosas. Si lo miramos cuidadosamente, advertiremos que lo que en realidad va a tener una relevancia sistémica es precisamente tanto el éxito operativo dentro de una empresa lícita como en una de tipo antijurídico.

Si continuamos estableciendo el paralelismo de la estructura interior de la empresa con el sistema de injusto, tenemos que en ambos modelos habrán de desarrollarse sistemas de respuesta ante las contingencias. En el sistema organizado lícito se elaborará una red de seguridad a través, sobre todo, de documentación¹²⁰⁰. Las actas, constancias, listas y demás herramientas dotan de seguridad acerca de las decisiones que se toman en el seno de la organización. Este fenómeno que es tan lógico y fundamental no se presenta de la misma manera al interior de una organización de tipo criminal, aunque es posible que se lleven a cabo asambleas y se tengan manuales de operación.

La comunicación se llevará a cabo en la gran mayoría de las ocasiones a través de la oralidad. Esto puede ser constatado en mayor medida desde la perspectiva de la vida práctica, donde en caso de detención de sujetos vinculados a mafias éstos suelen confesar la forma en que operaban y la manera en la que recibían las instrucciones. La cuestión central es que la oralidad como sistema de comunicación no siempre es la que aporta mayor seguridad para el éxito de las operaciones, ya que si esto fuese así no habría existido la necesidad de desarrollar un sistema de comunicación escrito. Sin embargo, dentro de las organizaciones criminales parece tener una plena efectividad. Ello se refleja cuando se llevan a cabo operaciones criminales exitosas. Al llevar a buen puerto tales operaciones, se va cumpliendo con el fin social para el que ha sido creada la organización criminal.

El objeto social también cumple una función de naturaleza diferenciadora. En sí, conforme a la teoría de LUHMANN, la clausura operativa y los límites son los elementos que permiten diferenciar entre sistema y entorno. Consideramos ilustrativo el siguiente ejemplo: “Sólo si la economía está diferenciada en una serie de empresas e intereses de consumo y ordenada según principios de mercado, puede una empresa buscar sus mercados y extraer una utilidad de las diferencias de intereses que en ellos se dan”¹²⁰¹. De la misma manera, el sistema criminal organizativo habrá de llevar a cabo una diferenciación frente al entorno, de tal suerte que el sistema de injusto se diferencia de la sociedad que es su entorno y de subsistemas que la integran, como lo son el arte, el deporte, el matrimonio, la economía, etc. La peligrosidad de la organización criminal radica en que produce tal nivel de inseguridad cognitiva que el entorno se desestabiliza y por ende también cada uno de los subsistemas que lo integran.

En otro orden de ideas, si se estudia aquello que la doctrina mercantil considera como objeto social podremos comprender de mejor manera la problemática que nos encontramos explorando. Es doctrina común que el objeto social cubra tres aspectos de notable importancia, como lo son: a) las obligaciones, b) las aportaciones de los socios y c) la actividad económica de la cual deberán de beneficiarse los socios¹²⁰². En un

¹²⁰⁰ LUHMANN, Niklas, *Organización y decisión*, op. cit., pág. 65.

¹²⁰¹ LUHMANN, Niklas, *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, traducción de Jaime NICOLÁS MUÑIZ, Editorial Nacional, Madrid, 1983, pág. 186.

¹²⁰² VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 388.

primer momento no encontramos nada que tenga que ver con una organización criminal, por lo menos bajo el contexto tradicional. Pero desde un punto de vista organizativo, que es el que aquí nos interesa en realidad, encontramos algunos rasgos en común que podemos categorizar de la siguiente manera:

a) *Dentro de las organizaciones criminales existen una serie de obligaciones principalmente de obediencia y ejecución de acciones conforme a las finalidades organizativas.* En caso de incumplimiento o discrepancia, se paga un coste elevado. “En la organización, la dirección decide y los demás callan y, en caso de conflicto -recuerden una conversación de Urrusolo Sistiaga, refiriéndose a sus enfrentamientos con Múgica Garmendia, aparecida también en prensa- se resuelve “poniendo la pipa (la pistola) encima de la mesa”, porque cree en el poder supremo de las armas sobre la acción política y para ellos siempre lleva la voz cantante, la decisión última, el que tiene las armas”¹²⁰³. Las obligaciones son adquiridas en la mayoría de los casos a través de procesos orales. Las organizaciones criminales entonces tienen un control interno como característica de sus componentes¹²⁰⁴.

b) *Las aportaciones de los socios.* Debido a la naturaleza preponderantemente comercial de las sociedades, en el sentido más frecuente del término las “aportaciones” se habrán de referir a contribuciones de tipo económico. Pero en el caso de las organizaciones criminales también existen aportaciones no en un sentido meramente pecuniario, pero sí en uno que se traduce en la participación de cada uno de los miembros en la consecución de objetivos y en el ejercicio adecuado de sus labores. Si cada uno de los sujetos cumple con sus obligaciones y por ende con el rol que le ha sido asignado, entonces habrá una aportación a la organización criminal. Incluso el uso del término “aportar” quiere decir “Contribuir, añadir, dar. Llevar la parte que le corresponde a la sociedad de que es miembro”¹²⁰⁵. Esta última acepción demuestra claramente que las aportaciones de los socios pueden ir vinculadas también al correcto ejercicio de un cargo, trabajo o misión que se les ha encomendado, situación que sucede siempre en un sistema criminal.

Al tratar de establecer el paralelismo de las aportaciones de los socios en un sentido jurídico y antijurídico, es posible estimar que la pertenencia a la organización implica una cuota necesariamente. El hecho de pertenecer a la organización es equiparable a la figura del socio, por lo menos desde un punto de vista sistémico y como tal lo importante es el tributo que ofrece. La aportación justifica la pertenencia. El aporte contributivo para el mantenimiento de la estructura operativa de la organización es lo relevante para efectos de pertenencia¹²⁰⁶.

c) *La actividad económica de la cual habrán de beneficiarse los socios.* La naturaleza mercantil de las sociedades es su signo distintivo frente a modelos afines como las asociaciones civiles. En el caso de la organización terrorista no hay, por lo menos en un primer momento, una actividad económica como fundamento del objeto

¹²⁰³ AVILÉS, Manuel, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 553.

¹²⁰⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada” en Carlos GRANADOS PÉREZ (dir.), *CDJ, La criminalidad organizada*, op. cit., pág. 242.

¹²⁰⁵ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 185.

¹²⁰⁶ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado”, en Carlos GRANADOS PÉREZ (dir.), *La criminalidad organizada*, op. cit., pág. 122.

social, sino que existe una actividad delictiva de la que los integrantes habrán de beneficiarse.

Sin embargo, atendiendo a una implicación meramente económica, las organizaciones terroristas alrededor del mundo cobran el llamado “impuesto revolucionario”. Incluso existen clasificaciones donde el elemento del ánimo de lucro es uno de los característicos para este tipo de injustos a nivel de la política criminal europea¹²⁰⁷. Lo que sucede es que la organización criminal ha sido diferenciada por parte de la doctrina precisamente por el elemento de naturaleza económica, frente a las organizaciones de tipo terrorista que tienen adicionalmente un elemento ideológico-político. Las organizaciones terroristas también requieren de fuentes de financiamiento para poder mantenerse, ya que como toda organización humana los recursos son indispensables para poder subsistir, lo que les obliga a tener cierto desarrollo para la gestión de recursos¹²⁰⁸. La actividad terrorista busca y encuentra medios paralelos para hacerse de recursos, razón por la que no resulta extraño que las bandas terroristas tengan relaciones con organizaciones criminales que la doctrina denomina comunes¹²⁰⁹.

Desde nuestra perspectiva, todas las organizaciones terroristas requieren de financiamiento y siempre de alguna manera estarán relacionadas con otras organizaciones semejantes. Un típico ejemplo que comparten la gran mayoría de éstas es el secuestro como un medio efectivo de obtención de recursos. Pensemos por ejemplo en Guatemala cuando hace algunas décadas la guerrilla coaccionó al gobierno a través del secuestro del embajador alemán VON SPRETI, que fue asesinado debido a que el gobierno no dio su brazo a torcer¹²¹⁰. De la misma manera en otros contextos latinoamericanos se presentan fenómenos complejos, como la dispersión de los miembros de los cárteles -macro organizaciones criminales o macro sistemas de injusto- en el continente que se han especializado en lavado de dinero y el tráfico de mujeres y niñas con destino a los Estados Unidos, Canadá, Europa y Japón¹²¹¹. Lo que quiere decir que las organizaciones criminales en ocasiones cometen una serie de delitos tan graves como los *delitos fin para los que se han agrupado sólo con la finalidad de obtener recursos*. El comercio de mujeres incluso en ciertos lugares, además de ser una fuente de ingresos económicos para los cárteles, también es un negocio para aquellos que practican ceremonias vinculadas con la santería¹²¹². Las organizaciones criminales se encuentran bien afianzadas particularmente en el tráfico de mujeres entre Colombia y

¹²⁰⁷ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 242.

¹²⁰⁸ “El manejo del botín también contiene el conjunto de elementos propios de la gestión empresarial. Entre ellos, contabilidad (inexistencia de libros contables, doble contabilidad, cuentas ocultas, falsificación de facturas), análisis de inversiones, blanqueo de dinero, financiación criminal (cuyas fuentes de capital no serán créditos sino que procederán normalmente de la reinversión de beneficios ilícitos obtenidos por otros delitos”, en Miguel Ángel IGLESIAS RÍO, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 1461.

¹²⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 241.

¹²¹⁰ MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, Toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, traducción de José BELOCH ZIMMERMANN, Espasa Calpe, Madrid, 1976, pág. 51.

¹²¹¹ FARR, Kathryn, *Sex Trafficking. Te global market in women and children*, Publicaciones Worth, Estados Unidos de Norte América, 2005, pág. 118.

¹²¹² “Otros dos casos de asesinatos que escandalizaron y estuvieron vinculados con los narcotraficantes fueron los de Deissy Salcido Rueda, de El Paso, y su primo Eli Rueda Adame, en mayo de 2002 cuyos cuerpos se encontraron en el patio trasero de una vivienda propiedad de Martín Guerrero Noriega. Este era conocido como “el Brujo”, ya que realizaba rituales mágicos, de hechicería y vendía amuletos. El 13 de marzo de 2004 un juez lo sentenció a cincuenta años de prisión por su participación en estas muertes”, en Diana WASHINGTON VALDEZ, *Cosecha de mujeres*, op. cit., pág. 90.

México con la Yakuza en Japón¹²¹³. Esto demuestra que, desde un punto de vista meramente sistémico, existen distintas clases de sistemas de injusto que si bien es cierto que se encuentran cerrados -clausurados- también lo es que se efectúan operaciones entre ellos. Si hay operaciones hay comunicación.

Bajo este orden de ideas existe lo que LUHMANN denomina “interpenetración”, que es una relación intersistemática entre sistemas que pertenecen uno al entorno del otro¹²¹⁴ para la obtención de nutrientes económicos que son requeridos por la propia organización criminal. No existe realmente una interpenetración entre sistema y entorno, por que el entorno no se encuentra posibilitado para llevar a cabo operaciones, simplemente es una entidad diferenciada respecto al sistema, el entorno es todo aquello que no es sistema, es decir, todo lo demás¹²¹⁵.

D) La organización criminal como estructura de naturaleza empresarial

Como se ha podido observar hemos empleado mínimamente la utilización del término “empresa” debido a que es en este momento se explorará dicha categoría. Ahora ha llegado el tiempo de explorar si después de la vinculación que existe entre el sistema organizativo y los medios que ha ideado para hacerse de recursos, si verdaderamente la organización criminal puede ser considerada como entidad de tipo empresarial.

La organización empresarial es un sistema de comunicaciones en el ámbito de la juridicidad. En este sentido la empresa tiene a la comunicación como común denominador con otros sistemas sociales¹²¹⁶.

Debemos de establecer un breve bosquejo de lo que es la actividad empresarial, conforme estima la opinión mayoritaria. Naturalmente habría que iniciar estableciendo un concepto más o menos preciso de lo que significa “empresa”, para lo que nos suscribimos a la opinión predominante, que considera a la misma como empresa/sujeto destinatario de las normas¹²¹⁷. Esta definición resulta ser de máxima importancia y desde nuestro punto de vista “congruente” con la concepción que se extiende en Europa para considerar a las personas jurídicas como entidades imputables de responsabilidad penal a plenitud. Si bien es cierto que el debate se remonta a la antigüedad, la doctrina jamás ha considerado la problemática como un tema agotado, sino que antes bien es objeto de en un continuo análisis y replanteamiento.

La actividad empresarial se realiza a través de una concatenación de decisiones que la dotan de independencia frente a los miembros que la integran¹²¹⁸. El hecho de considerar a la sociedad organizada de manera empresarial como destinataria de un modelo de orientación quiere decir que existe una tendencia real de mantener en el mismo escalón comunicativo tanto a la persona física como a la jurídica.

¹²¹³ FARR, Kathryn, *Sex Trafficking*, op. cit., pág. 118.

¹²¹⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 201.

¹²¹⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 176.

¹²¹⁶ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial”, op. cit., pág. 61.

¹²¹⁷ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción*, op. cit., pág. 304.

¹²¹⁸ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial”, op. cit., págs. 62-63.

Es importante destacar algunas de las actividades empresariales que mayor impacto tienen para nuestro objeto de investigación, como lo es la llamada *actividad de organización*. Ésta consiste precisamente en ordenar elementos personales y materiales para alcanzar un objetivo que se traduce en la producción de bienes y servicios para el mercado¹²¹⁹. El empresario es entonces una especie de director de orquesta que tendrá la responsabilidad de llevar a buen puerto el proyecto musical que se ha planteado. De esta manera habrá que organizar el trabajo en conjunto y poner a disposición de los medios necesarios para cumplir los objetivos planteados¹²²⁰. Los roles ejercidos por los intervinientes tienen una estrecha relación con la esfera de decisiones que les corresponden¹²²¹.

Respecto a la naturaleza de la finalidad organizativa, la doctrina considera que el término “empresario” que contempla la ley no exige ninguna actividad específica como el ánimo de lucro, sin embargo, el empresario ha de ser considerado como un operador económico¹²²². El concepto de operador económico es, desde nuestra perspectiva, hartamente confuso, debido a que dentro del mismo puede tener cabida prácticamente cualquier entidad que tenga un contacto frecuente con el dinero lo cual es a todas luces desproporcionado.

Esto ha puesto sobre la mesa la importante dificultad que implica trasladar “en seco” figuras de una rama del Derecho a otra y conforme más nos adentremos en la doctrina del Derecho mercantil, mayor confusión se generará para fines de nuestra investigación. Consideramos que el empleo de terminología empresarial en la esfera del Derecho penal de las organizaciones criminales deberá de servir sólo como una especie de modelo estructural.

En el ámbito penal, CHOCLÁN MONTALVO afirma que la criminalidad organizada tiene dos acepciones: una en sentido amplio que se refiere a la criminalidad en la empresa y otra en sentido estricto relativa a la criminalidad como empresa¹²²³. Esto puede ser interpretado desde un prisma funcional, en el sentido de que la primera clasificación se refiere a la utilización de la empresa como vehículo para la comisión del delito, mientras que en la segunda se orienta hacia un elemento teleológico donde los miembros que la componen tienen un proyecto para el cual se han organizado y desean emprender a través de un objetivo delictivo. El empresario es “todo emprendedor”¹²²⁴ conforme a la doctrina mercantil, y emprender significa tomar un camino donde hay riesgos. Naturalmente, ésto se asume poniendo la vista en una expectativa que se busca satisfacer valiéndole la pena el coste dañoso. Bajo la segunda denominación de crimen organizado, se busca precisamente la satisfacción de la expectativa, por ejemplo obtener el reconocimiento de Euskadi como nación propia a través de la desestabilización del

¹²¹⁹ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 13ª edic. (4ª en Aranzadi), Navarra, 2008, págs. 66-67.

¹²²⁰ SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios*, op. cit., pág. 67.

¹²²¹ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial”, op. cit., pág. 67.

¹²²² VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción*, op. cit., pág. 144. En el mismo sentido sobre el concepto de empresa “Se trata de una entidad constituida como una unidad económica, sujeto del tráfico económico y jurídico a través de su personalidad jurídica (...)”, en Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 201.

¹²²³ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 235.

¹²²⁴ VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción*, op. cit., pág. 144.

Estado español. Esto es denominado terrorismo contestatario que busca la modificación del orden político¹²²⁵.

CRESSEY afirma que dentro del esquema de las organizaciones criminales existen varias especies que pueden quedar englobadas dentro la primera, tales como “grupos”, “pandillas”, “bandas”, “anillos”, “sindicatos”, “cárteles”¹²²⁶ y “confederaciones”¹²²⁷. Dicha clasificación no nos parece afortunada, debido a que existen importantes diferencias entre varias de las especies mencionadas: por ejemplo, no poseen el mismo nivel de organización la banda y el grupo que el sindicato y la confederación. Ello representa un terreno bastante espinoso y hasta cierto punto redundante, porque también depende en gran medida del prisma a través del cual se observe el fenómeno en cada país. Por ejemplo: en Europa no existe la presencia armada y organizada de los carteles de la droga colombianos o mexicanos, mientras que en los Estados Unidos existen pandillas vinculadas al negocio de la droga, asimismo en el Salvador los maras aterrorizan a la población¹²²⁸. Sin embargo, si observamos las especies consideradas por CRESSEY, veremos que no hay ninguna alusión directa a la empresa o “*corporation*”, que ha omitido el autor de manera intencionada por que la empresa, para que transite de un nivel de licitud a uno de ilicitud tan grave como el que exploramos requeriría de un nivel de descomposición y corrupción inconmensurable¹²²⁹.

Sin duda que el autor se encuentra poco actualizado en cuanto a la evolución del crimen se refiere, pero también es comprensible que en la Inglaterra de 1972 no se presentase ni remotamente el fenómeno como ocurriría algunas décadas más tarde. Dentro del ámbito de la criminalidad empresarial incluso las corporaciones crearon organizaciones criminales subsidiarias donde los sujetos debían de violar sistemáticamente la ley si deseaban conservar sus empleos¹²³⁰.

CRESSEY trata en concreto el caso “General Electric” y afirma que no es posible, a pesar de los delitos cometidos en el seno de la empresa, afirmar que dicho consorcio se ha deslegitimado como tal y que deba ser considerado como una organización criminal¹²³¹. La aguda afirmación del autor nos parece de la máxima importancia, sobre todo al poner en relieve la cuestión del lenguaje como un medio de estigmatización. En el supuesto planteado, se han cometido grandes delito a través de la empresa, pero ello no equivale a denominarla como una organización criminal: entonces, ¿cuál es el criterio para poder discernir entre ambas posibilidades? El autor resuelve el interrogante de la siguiente manera: “La diferencia principal entre las variadas especies de empresas criminales parece provenir preponderantemente de variaciones en el grado de objetivo anunciado (...)”¹²³². En el mismo sentido, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ se pronuncia afirmando que no existe como tal un delito que se cometa por la empresa en el sentido de que la

¹²²⁵ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 236.

¹²²⁶ Cártel es un término de naturaleza económica que se refiere a “monopolio (a corto plazo), consorcio, combinación, en Enrique ALCARAZ VARÓ / Brian HUGHES, *Diccionario de términos económicos, financieros y comerciales, inglés-español, español-inglés*, Ariel, Barcelona, 1996, pág. 133.

¹²²⁷ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 15.

¹²²⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, “Maras en América latina y pandillas en Europa”, en Josep RIVERA (dir.), *Revista CIDOB d afers internacionals*, núm. 81, marzo-abril, Barcelona, 2008, págs. 7 y ss.

¹²²⁹ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 15.

¹²³⁰ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 16.

¹²³¹ CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 16.

¹²³² CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization*, op. cit., pág. 16.

empresa “realiza el delito”, pero acepta que existe una vertiente criminológica que contempla la criminalidad corporativa o de empresa¹²³³.

La cuestión se torna nebulosa cuando la autora trata la criminalidad al amparo de sociedades como la mafia, criminalidad organizada, redes de distintos tipos de tráfico así como lavado de dinero y entiende que parte de su proliferación se debe a la falta de posibilidad en la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹²³⁴. Entonces, ¿se puede ir perfilando una propuesta *de lege ferenda* en la que las organizaciones criminales puedan ser sancionadas como empresas criminales en términos estrictos?, la respuesta es afirmativa. Las organizaciones criminales además suelen establecer puentes de conexión muy estrechos con empresas, principalmente a través de la inyección del dinero proveniente de procedencia ilícita¹²³⁵. Esto significa que existen conexiones entre empresas que llevan a cabo actividades criminales, lo cual representa un riesgo considerable para la sociedad civil. También si se considera la empresa criminal como tal se verá que se alimenta de otras empresas como si fuese un parásito social, ejemplo de ello es la extorsión a empresarios y el saqueo de almacenes comerciales¹²³⁶. Ello ha sido una estrategia efectiva debido a que ahí es donde existe una importante concentración de recursos, precisamente en las corporaciones. La criminalidad organizada en la actualidad se caracteriza por un sofisticado nivel de profesionalismo que ha superado, incluso, a los llamados delitos de cuello blanco¹²³⁷.

No debemos olvidar que nos encontramos inmersos en una “sociedad de organizaciones”¹²³⁸ y que por ende éstas juegan un papel preponderante dentro de la vida contemporánea.

Su papel tan trascendente ha tenido eco en la doctrina, que ha enfocado el estudio de la responsabilidad penal de la empresa de manera independiente a la responsabilidad penal exigible a los sujetos que actúan dentro de su esfera¹²³⁹. Nótese que se trata de empresa y no de sociedad. La empresa representa un ambiente propicio para la comisión de delitos inclusive hacia dentro de sí misma, defraudando expectativas que son de vital importancia para la propia corporación. Una de estas expectativas es el deber de *lealtad de la persona*, que funciona con lógica en virtud de que a mayor *quantum*, de lealtad, menor exigencia por parte de mecanismos de control será requerido¹²⁴⁰. Los mecanismos de control buscarán sancionar y, naturalmente, prevenir la comisión de infracciones en el futuro. En caso de que ello no funcione entonces habrá que robustecer dichas herramientas de control de lealtad¹²⁴¹.

En las organizaciones criminales tradicionales este sistema también existe. El examen es constante. Desde el principio se evalúa el grado de confiabilidad que presenta un sujeto y se encuentra bajo un continuo escrutinio por parte de las

¹²³³ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 202.

¹²³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 203.

¹²³⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Criminalidad de empresa”, op. cit., pág. 203.

¹²³⁶ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 140.

¹²³⁷ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 1455.

¹²³⁸ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 203.

¹²³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*, 2ª. edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 533.

¹²⁴⁰ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa*, op. cit., pág. 105.

¹²⁴¹ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa*, op. cit., pág. 105.

autoridades del sistema. Ello debido al riesgo permanente de sujetos que pueden traicionar a la organización o por la presencia de agentes infiltrados como estrategia gubernamental de combate. Las expectativas de confianza son uno de los signos más distintivos de las empresas tanto en el mundo de la licitud como de aquellas que actúan fuera del margen de la norma. El ejercicio de la actividad empresarial que gira en torno expectativas de confianza importa un riesgo que es precisamente la defraudación de dicha expectativa donde a mayor grado de confianza depositada, mayor riesgo de daño se tiene que asumir¹²⁴².

Desde la perspectiva de un sujeto que se encuentra en un escalafón inferior al del director, en caso de defraudación de confianza habrá una consecuencia importante que será gravosa para el defraudador. En el caso de una organización terrorista sucede exactamente lo mismo. En situaciones semejantes dentro de los injustos de organización, es bien sabido que la pérdida de confianza suele ir vinculada estrechamente al término “traición” que quiere decir: “Falta que se comete quebrantando la fidelidad o lealtad que se debe guardar o tener”¹²⁴³ y que puede acarrear consecuencias fatales para quien la ha quebrantado.

Sin embargo, bajo este mismo orden de ideas, desde el prisma de la empresa lícita se presenta un fenómeno diferenciador que no es tan claro en las empresas criminales. En el primer caso, no es lo mismo incumplir una promesa que ser desleal, ya que la deslealtad presupone el incumplimiento de obligaciones respecto a una relación concreta entre sujetos que forman parte de la propia empresa¹²⁴⁴. En la empresa criminal ello es distinto porque la deslealtad y el incumplimiento suelen emplearse como sinónimos. Un sujeto que incumple continuamente con su rol dentro de una empresa puede ser considerado como desleal, pero en el ámbito de lo criminal esto es mucho más agudo debido a un complejo sistema de deslealtad y pérdida de identidad. Para las organizaciones criminales la lealtad se vuelve extrema, al transformarse en un compromiso total hacia la misma¹²⁴⁵, donde lo que se busca es un ensimismamiento del sujeto alejándose de la realidad objetiva y demás mecanismos psicológicos que van de la mano con una inmadurez de tipo emocional¹²⁴⁶.

La estrategia para que un miembro del terrorismo sea de confianza es que pase por un proceso de ideologización y despersonalización¹²⁴⁷, un compromiso real con los objetivos de la empresa en el mundo de la licitud. La ideologización habrá de ser el vehículo a través del cual es sujeto haga suya la propia ideología de la organización¹²⁴⁸. En el lenguaje común sería ponerse la camiseta del equipo empresarial.

Por su parte, el proceso de despersonalización no habrá de entenderse en el sentido funcional normativista bajo el que se abordó en el capítulo anterior, sino como un proceso psicológico bajo el cual el sujeto se hace parte del mundo organizativo y adquiere conciencia sobre su fungibilidad, situación de mayor importancia frente a sus intereses personales¹²⁴⁹. Sobre ello se ha pronunciado CHOCLÁN MONTALVO quien

¹²⁴² AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa*, op. cit., pág. 105.

¹²⁴³ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 2207.

¹²⁴⁴ AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa*, op. cit., pág. 111.

¹²⁴⁵ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 319.

¹²⁴⁶ HERRERO HERRERO, César, *Criminología*, op. cit., pág. 650.

¹²⁴⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 319.

¹²⁴⁸ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 319.

¹²⁴⁹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 320.

estima que existe un mecanismo de fungibilidad o de capacidad de intercambio en los miembros siendo autorrenovable la organización incluso en niveles elevados de jerarquía¹²⁵⁰. En las empresas la situación tampoco es por demás distinta. Piénsese por ejemplo, en que muere un director general de cierta empresa encargada de elaborar un determinado bien mueble, la muerte, naturalmente, será un suceso que desestabilizará temporalmente a la empresa pero sólo mientras se encuentra un sustituto suficientemente cualificado para desempeñar el rol que se dejó vacante. Mientras haya quien cubra y ejercite dicha responsabilidad la empresa no se verá alterada en su proyecto final.

Esta situación que se comparte en el mundo empresarial lícito e ilícito hace de extrema dificultad el combate al fenómeno delictivo. La fungibilidad es tan flexible debido a que existe un importante número de sujetos deseosos de escalar en los niveles de poder en la organización terrorista. En la carrera delictiva, al igual que en toda competencia empresarial, el sujeto que se encuentra en un nivel menor de jerarquía, siempre buscara ascender hasta el peñasco de mayor altitud. A más altura, mayor poder y beneficios. Tanto la empresa en la esfera lícita como en la ilícita se comparten los procesos de cambio en las esferas de poder bajo pautas de conducta semejantes.

Volviendo al proceso de despersonalización en su sentido puramente psicológico, que hunde sus raíces en la identidad entre los participantes en la organización, si dos sujetos se sienten identificados actuarán de forma diferente a si estos mismos sujetos se encuentran aislados, ello conforme a la teoría de la identidad social¹²⁵¹. El proceso de identificación con la organización incluso responde a ciertos esquemas de temporalidad según la literatura especializada conforme a la cuál a mayor tiempo de servicio al interior de una organización, mayor identificación se da del individuo hacia esta¹²⁵².

Siguiendo nuestro tema, también a mayor tiempo que se pasa dentro de la organización lícita más trabajo cuesta abandonarla¹²⁵³. Ello sucede de la misma manera en el terrorismo organizado, mientras más tiempo se invierte en dicho ambiente es más difícil salir de este, incluso es posible afirmar, que después de cierto tiempo ya resulta imposible escapar del sistema, porque este como tal es un sistema cerrado, clausurado operativamente. En este sentido se asemejan mucho a las sectas donde es relativamente sencillo entrar y muy difícil salir. El abandono de la empresa lícita es una decisión que suele estar alojada en la mente de quien decide separarse. Es una forma de autoadministración de decisiones, pero en la organización criminal hay una heteroadministración de las decisiones. El sujeto no puede abandonar una banda terrorista sin autorización del jefe o muerto en la mayoría de las ocasiones. En el supuesto caso de que hubiera libertad para abandonar la organización criminal, ello es de extrema dificultad en cuanto a su relación con el entorno porque el sujeto ha pasado por los procesos de despersonalización e ideologización. No es raro encontrar dentro del fenómeno normas como la “ley del silencio” o “normas de tipo fraternal” para aglutinar a los miembros¹²⁵⁴.

¹²⁵⁰ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 245.

¹²⁵¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág.

¹²⁵² MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, traducción de Juan MALUQUER WAHL, Ariel, Barcelona, 1961, pág. 80.

¹²⁵³ MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, op. cit., pág. 80.

¹²⁵⁴ CHOCLÁN MONTALVO, José, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 245.

Otra cuestión que tiene directa incidencia en el fenómeno de la identificación es la expectativa de ascender en los niveles del grupo, situación que se comparten en los modelos empresariales lícitos como en los ilícitos¹²⁵⁵.

Como podemos observar, existen una gran cantidad de elementos que generan similitudes entre las empresas con una vocación lícita como aquellas que sostienen objetivos al margen de la norma jurídica. Por ello no es nada descabellado sumarnos a las afirmaciones que consideran que las organizaciones criminales adoptan claramente modelos estructurales industriales y empresariales¹²⁵⁶ pero no sólo eso, sino que también “producen” no bienes en el sentido usual de la palabra, pero buscan la modificación estandarizada del mundo jurídico vulnerando la vigencia del Derecho. “El carácter complejo, organizado, jerarquizado de la empresa es el lugar común de la criminalidad organizada”¹²⁵⁷. La empresa criminal sin duda alguna se aísla¹²⁵⁸ puesto que desde el punto de vista sistémico se encuentra cerrada. La misma situación, debido a la naturaleza jurídica, se repite en el caso del terrorismo organizado.

Cada vez que se lleva a cabo una operación con éxito, además de lo dicho en el apartado anterior acerca del objeto social, hay un aumento en la identidad con la organización, situación que sucedía tradicionalmente en las empresas lícitas, pero que no encontramos ningún obstáculo para trasladarlo a los modelos de organización delictiva de tipo empresarial¹²⁵⁹. Si observamos con cuidado el análisis efectuado relativo a la identificación, veremos que prácticamente cualquier operación exitosa por parte de la empresa, refuerza la identidad sobre la misma. Ello subraya su calidad autorreferente¹²⁶⁰. Es general también en las empresas lícitas, porque cuando un sujeto forma parte de una entidad que funciona existe una estimulación que fomenta continuar con dicha conducta.

E) Conflicto y efectividad de la actividad empresarial delictiva

La organización criminal como empresa, presenta una serie de ventajas organizativas. Facilita el poder llevar a cabo sus operaciones debido a la fuerza de su estructura asociativa. Veremos ahora qué sucede cuando la empresa se pone en acción y acontece un conflicto sistémico con la sociedad.

Es importante aproximarnos al fenómeno del “conflicto” desde un punto de vista sistémico para explorar si el sistema en general reacciona de la misma manera cuando se encuentra dentro de la esfera de la licitud o si por el contrario hay una respuesta diferente por parte del sistema de injusto. El conflicto es un combate¹²⁶¹ y como tal

¹²⁵⁵ MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, op. cit., pág. 80.

¹²⁵⁶ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en *Revista de Derecho penal y proceso penal*, núm. 3, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 83-84.

¹²⁵⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, “Bases para un modelo”, op. cit., pág. 84.

¹²⁵⁸ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La defraudación tributaria en el CP español. Análisis jurídico-dogmático del art. 305 CP*, José María Bosch, Barcelona, 2010, pág. 151.

¹²⁵⁹ MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, op. cit., pág. 82.

¹²⁶⁰ “Un sistema autorreferencial debe definirse, pues, como un tipo de sistema que para la producción de sus propias operaciones se remite a la red de las operaciones propias y, en este sentido, se reproduce a sí mismo. Con una formulación un poco más libre se podría decir: el sistema se presupone a sí mismo para poner en marcha su propia operación en el tiempo”, en Niklas LUHMANN, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 21.

¹²⁶¹ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág.

representa un coste para las entidades que forman parte de la contienda. Para LUHMANN el conflicto es un sistema¹²⁶². Ello es de llamarnos la atención porque entonces dentro de una confrontación entre sistemas (empresa-Estado o empresa-empresa) se genera otro a su vez que tiene características particulares con independencia de los otros que le dieron origen. Se presenta entonces una doble contingencia, que es, precisamente ese choque entre sistemas. “Basta con que se reaccione a la exigencia exagerada de una supuesta expectativa con un cauteloso no”¹²⁶³. La expectativa entra en juego y desempeña un papel de máxima importancia, la expectativa y su defraudación es el motivo del conflicto.

Si lo vemos desde el punto de vista de una empresa lícita pero que se dedica a vender productos al mayoreo que causan un malestar a la salud general, hay evidentemente un conflicto derivado de esa infracción en el ejercicio de su rol, es decir, de la expectativa de no poner en circulación productos dañinos. Ante esto ¿los sistemas permanecen igual? La respuesta es no, debido a que se abandonan las reglas del juego, se pierde entre otras cosas, la civilidad del comportamiento, el derecho y el conflicto genera el daño hacia el sistema bajo el cual queda canalizada su acción¹²⁶⁴, que en este caso sería la sociedad misma de consumidores.

En el delito de organización terrorista, existe un momento en el que los sujetos se asocian para la comisión de los actos terroristas. Así acontece un conflicto sistémico y quien sufre es la sociedad como entidad receptora de las acciones imputables a la organización. Sin embargo, LUHMANN trata una paradoja muy interesante acerca de la existencia del enemigo. Pongamos un ejemplo muy sencillo: el sistema terrorista organizado X tiene como *alter ego*, o enemigo, a la democracia, pero ¿qué sucede si desaparece la democracia, es decir, el enemigo? La respuesta más simple consistiría en afirmar que el injusto sistémico ha vencido al sistema democrático, ¡el terrorismo ha triunfado! En realidad sucede otra cosa. En caso de pérdida del enemigo hay una erosión en el sistema, puesto que hay una falta de motivación en la acción que emprende el sistema mismo¹²⁶⁵. De esta manera, podemos afirmar que en plano del empirismo realmente a X no le conviene que el conflicto llegue a su fin. Ello implicaría su desaparición como sistema de injusto y en términos empresariales un “fracaso corporativo”.

El sistema perdería la brújula y colapsaría. No obstante, debido a la historicidad de la cultura y de la vida humana, el problema no puede ser eterno; los conflictos como sistemas se agotan, se cansan, donde uno de los sistemas dejará de luchar¹²⁶⁶. La organización criminal, como empresa habrá de agotarse. “Así, es posible que en los temas de conflicto se reconozca una referencia política y, con ésta, un punto de referencia para un posible apoyo externo”¹²⁶⁷. Es evidente, como lo hemos mencionado en el capítulo II de esta investigación, que la organización terrorista como fenómeno escapa de las manos exclusivas del Derecho, para invadir otros sistemas como es la Política y su vehículo comunicativo, el poder. Sin embargo, parte de la doctrina estima que ello no sucede en el caso de la criminalidad organizada en sentido amplio,

¹²⁶² LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 351.

¹²⁶³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 351.

¹²⁶⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 351.

¹²⁶⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 352.

¹²⁶⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 353.

¹²⁶⁷ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 353.

limitándose al empleo de la violencia únicamente en contra de sujetos que conviven en la subcultura criminal¹²⁶⁸, postura que no compartimos.

Desde nuestra perspectiva, la organización criminal tiene una tendencia natural al conflicto, está perfectamente preparada para invadir esferas de organización ajenas y para combatir violentamente. Para LUHMANN lo interesante son los elementos que condicionan el conflicto y abren dos ventanas teóricas, la primera se refiere a la restricción de medios y la segunda al incremento en la inseguridad del sistema, cuestiones que bien vale la pena explorar por lo menos superficialmente:

a) *Restricción de los medios.* Ello significa que por ejemplo se restringe el uso de la violencia, herramienta para la perpetuación del conflicto, se busca limitar la violencia para contener la causación de daños¹²⁶⁹. La violencia es un medio de producción¹²⁷⁰, y como tal debe ser reducido en su función de vehículo facilitador del conflicto. La violencia, en particular la que se produce por la empresa criminal, representa una regresión de la sociedad, una vuelta a la barbarie. Un ejemplo que ilustra la situación es la Unión Soviética, donde el clima caótico de corrupción y delito generaron una verdadera industria delictiva¹²⁷¹ y dicha empresa no es imaginable sin la violencia como herramienta principal. Incluso la empresa criminal se ha aliado con el Gobierno a cambio de una retribución económica para realizar trabajos que el propio Gobierno no puede desempeñar¹²⁷². Sin la violencia dichos trabajos no se pueden llevar a cabo, porque si ello fuera así, entonces Estado se encargaría, dando como consecuencia la legitimación de dichas operaciones. Sin embargo, LUHMANN hace una afirmación contundente al señalar que si el conflicto llega a un punto máximo y se llega a la violencia física esto generará una solución rápida y fácil¹²⁷³. Dicha afirmación empero no la consideramos acertada, a menos que se mire en un contexto extremo y se piense que la eliminación violenta del adversario social puede ser considerada como válida. La violencia física es una operación común en las subculturas de la violencia, pero no así en el Estado democrático.

Hemos visto cómo tal ideología se puede reflejar en aberraciones jurídicas como la pena de muerte, que si bien eliminan al sujeto, ello no quiere decir que se disminuya el grado conflicto a nivel sistémico. La violencia física siempre debe ser la *última ratio*. “En la canalización de posibilidades de conflicto, la jerarquía sustituye a la violencia física y así se desalienta el inicio del conflicto. Sólo los superiores deciden; sólo ellos están libres para decir por qué no habrá conflicto”. De esta manera, la jerarquía también es un elemento catalizador del conflicto, es una opción para la evitación de la confrontación entre sistemas: de ahí los famosos pactos que se llevan a cabo entre organizaciones criminales o incluso entre éstas y el Estado, como se mencionó algunas líneas atrás.

¹²⁶⁸ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, “Criminalidad organizada”, op. cit., pág. 1455.

¹²⁶⁹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 355.

¹²⁷⁰ COMAROFF, Jean / COMAROFF, John, L., *Violencia y ley en la poscolonia: una reflexión sobre las complicidades Norte-Sur. Obsesiones criminales después de Foucault: poscolonialismo, vigilancia policial y metafísica del desorden*, traducción de Dicobole / Gabriela DÍAZ PÉREZ, Katz, Madrid-Barcelona, 2009, pág. 10.

¹²⁷¹ COMAROFF, Jean / COMAROFF, John, L., *Violencia y ley en la poscolonia*, op. cit., pág. 14.

¹²⁷² COMAROFF, Jean / COMAROFF, John, L., *Violencia y ley en la poscolonia*, op. cit., pág. 74.

¹²⁷³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 355.

Desde nuestro punto de vista, el problema de los pactos implica dejar vencer a un sistema sobre otro de la peor forma, a través de la rendición. El pacto entre Estado y la organización antijurídica implica un reconocimiento de que el sistema “poder” no es tal y que es mejor ceder ante las amenazas del delincuente. En el mismo sentido el pacto no implica ninguna garantía prestada por el sistema terrorista. En la actualidad, en ciertos Estados la línea entre crimen y terror es cada vez más tenue y lo aparatoso de la violencia es mucho más palpable que antes¹²⁷⁴. Por ello se han alzado voces que abogan por pactar con la delincuencia organizada.

b) *Incremento de inseguridad*. Este fenómeno se produce por la intromisión de terceros en el conflicto, que suelen tomar partido una vez llevado a cabo el conflicto en sí, abandonando la imparcialidad inicial¹²⁷⁵. Ello implica un rompimiento en el equilibrio del propio conflicto. La intervención puede inclina la balanza a favor de alguno de los intervinientes¹²⁷⁶. En otras palabras, el incremento de la inseguridad se refiere a lo afianzado del conflicto, a la inseguridad dentro del conflicto como sistema independiente que es. Según LUHMANN, al intervenir un tercero, se desintegra el conflicto¹²⁷⁷. Para el caso concreto del conflicto entre organización terrorista y sociedad, la intervención de ese tercero correrá a cargo del Derecho, pero no en un sentido general, sino que será requerida la intervención veloz y oportuna del Derecho penal del enemigo como subsistema. En este tipo de situaciones el mecanismo asegurador de expectativas, a través de la pena, inclinará la balanza a favor de la sociedad. “El comportamiento del tercero, sobre todo si se le valora moral o legalmente, puede ser motivo para ceder o para retirarse del sistema sin que esto implique debilidad. Todo lo anterior propició que la participación de terceros se haya convertido en la forma más importante de regulación de conflictos”¹²⁷⁸. Sin embargo, para LUHMANN la función del Derecho consiste preponderantemente en asegurar expectativas más que en regular conflictos¹²⁷⁹. No obstante, el hecho de robustecer las expectativas que abundan en la sociedad no es otra cosa que solucionar un conflicto sistémico, porque precisamente se inclina el Derecho a favor de aquel que tiene la expectativa vulnerada. Las consideraciones son complementarias. Forman parte del mismo ente funcional. El Derecho objetivo aplicado concretamente establece la paz desde un punto de vista meramente jurídico¹²⁸⁰ aunque el hecho de la intervención del Derecho en un conflicto, a su vez, también genera conflictos¹²⁸¹.

La problemática de las confrontaciones entre sistemas de injusto y sociedad es el *quid* sistémico del Derecho penal del enemigo. Hemos examinado hasta ahora el choque entre sistemas desde un punto de vista de un observador ajeno, como un testigo silencioso que mira un combate de esgrima. Ahora es importante acercarnos a la dinámica organizacional en su interior, ante la presencia de conflictos.

Naturalmente, cuando sucede una desestabilización al interior del sistema por un enfrentamiento con otra entidad compleja, los miembros que lo integran deberán de

¹²⁷⁴ COMAROFF, Jean / COMAROFF, John, L., *Violencia y ley en la poscolonia*, op. cit., pág. 76.

¹²⁷⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 356.

¹²⁷⁶ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 356.

¹²⁷⁷ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 356.

¹²⁷⁸ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 356.

¹²⁷⁹ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, op. cit., pág.195.

¹²⁸⁰ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Conflicto social, Derecho y proceso*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1993, pág. 17.

¹²⁸¹ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 196.

implementar cambios para adaptarse y superar el problema¹²⁸². La situación no es extraña a nivel de empresas lícitas. El sistema de reacción frente al conflicto deberá de cubrir cuatro grandes rubros: a) *solución del problema*, b) *persuasión*, c) *negociación* y d) *política*; en el caso de la solución la cuestión estribará en elegir cuál es la vía más adecuada, la persuasión se refiere a la existencia de criterio de valoración comunes sobre objetivos organizativos también comunes entre los miembros del conglomerado, la negociación es una herramienta que se fundamenta en criterios que van desde la coacción hasta la habilidad propia del negociante¹²⁸³. Estos criterios empleados por el sistema pueden ser mostrados libremente a todos los participantes del propio modelo de organización, pero en el caso de la política la situación habrá de cambiar, para trasladarse a las manos de una élite que es la que lleva las riendas del asunto.

La política se usará frecuentemente para conflictos denominados inter grupos y se puede caracterizar por la intervención de pequeños poderes en el ámbito del conflicto. La cuestión es que la política puede ser considerada como invasión o intromisión en el subsistema y ello puede volver a desencadenar conflictos que escapan del ámbito de operación del modelo original.

La empresa es un sistema autopoietico, donde lo relevante es el carácter organizativo de la misma, este fenómeno permite que haya una autoreflexión y por ende ello es lo que dota a la empresa de su carácter corporativo¹²⁸⁴.

En cuanto a la efectividad derivada de la política terrorista, sistémicamente es evidente que la planeación que conlleva la existencia de la empresa criminal resulta superior a lo que puede llevarse a cabo por medio de la autoría individual. De ahí que la empresa criminal genera una mayor inseguridad cognitiva por representar una entidad jurídica diferente y organizada exclusivamente con fines antijurídicos, razón por la que la doctrina acuñó el concepto de injusto sistémico que debemos de explorar a continuación.

F) El injusto sistémico de organización terrorista

A la doctrina alemana se le atribuye haber acuñado el concepto de injusto sistémico. LAMPE¹²⁸⁵ es el penalista que ha desarrollado dicha categoría. En trabajos anteriores ha estimado que el injusto personal vulnera “el deber de la paz jurídica de la comunidad”¹²⁸⁶. En el presente aparatado nos referiremos en su totalidad a las investigaciones llevadas a cabo por dicho autor sobre el injusto desde una perspectiva sistémica -que igualmente vulnera la paz y la convivencia social- y que son de esencial importancia para el contenido del presente capítulo

¹²⁸² MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, op. cit., pág. 119.

¹²⁸³ MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, op. cit., págs. 142-143.

¹²⁸⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 46.

¹²⁸⁵ LAMPE, entre otras de sus innumerables aportaciones, considera importante para el análisis dogmático del delito, tomar en cuenta elementos de naturaleza anímica como parte de la antijuridicidad como lo son: sentimientos, impulsos, aspiraciones entre otros, rechazando la concepción de una teoría del injusto impersonal, en Miguel POLAINO NAVARRETE, “Lampe, Ernst-Joachim: «Das personale Unrecht». Schriften zum Strafrecht, Band 7, Duncker & Humbolt. Berlín, 1967; 283 págs.”, en *ADPCP*, tomo 24, Fascículo I, Madrid, 1971, pág. 318.

¹²⁸⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Lampe, Ernst-Joachim: «Das personale Unrecht»”, op. cit., pág. 319.

Dentro de la dogmática existen cuatro especies de modelos de injusto sistémico: a) unión de personas criminalmente dirigidas hacia una finalidad, b) como agrupación criminal constituida, c) como empresa económica criminal y d) como Estado criminal¹²⁸⁷. En el presente trabajo nos hemos aproximado a las nociones de agrupación criminal constituida y empresa económica criminal. El estudio de dichas categorías debe ser cuidadoso para encontrar dónde habrá de encajar la organización criminal terrorista, y ello debido a que sin duda existen puntos en común y zonas grises que pueden conducir a confusiones importantes.

La doctrina penal se ha encargado de explorar cada una de las categorías mencionadas siempre de manera aislada, por lo que se ha abierto un espacio para el desarrollo de una teoría unificadora del injusto sistémico donde LAMPE busca dar una posible solución a dicha cuestión¹²⁸⁸.

La razón por la que existe dicha ausencia en el sistema de Derecho penal se debe al paradigma del autor individual que sigue arraigado profundamente en la codificación penal moderna¹²⁸⁹. El paradigma entonces debe de cambiar, como efectivamente ha comenzado a suceder, para considerar dogmáticamente el tratamiento de categorías de mayor complejidad. El caso de mayor interés es la organización criminal, que a pesar de la dificultad que representan los sistemas de injusto en cuanto a imputación a sus miembros, debe ser depurada a fondo. Las contribuciones que individualmente se aportan a la banda deben ser analizadas a la luz de la finalidad criminal y la estructura organizada desde el punto de vista funcional¹²⁹⁰. LAMPE va más lejos en el caso de la delincuencia organizada, al afirmar que en ésta existe un carácter sintomático de asociabilidad en las aportaciones llevadas a cabo por los miembros individuales que se materializan en un fin supraindividual del cual los miembros se limitan a participar¹²⁹¹.

Los sistemas de injusto son de especial interés por su teleología que se opone de manera frontal y desproporcionada al Derecho y a los ciudadanos. Son sistemas sociales orientados hacia un fin antisocial donde los individuos que los integran tienen relaciones a través de comunicación e interacción¹²⁹². Los sujetos que forman parte de la organización llevarán a cabo aportes de acuerdo a la especialización de su conducta para ir dotando de un “cuerpo” sistémico a la organización criminal. Lo interesante de la teoría de LAMPE es que diferencia y considera, también, a la coautoría como una especial de sistema de injusto simple¹²⁹³, temática que no nos es posible explorar en este preciso momento a pesar del enorme interés que ello despierta.

¹²⁸⁷ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, en Ernst-Joachim LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, edic. y traducción española a cargo de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ / Guillermo ORCE / Miguel POLAINO-ORTS, Grijley, Lima-Trujillo, 2003, pág. 97.

¹²⁸⁸ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 97.

¹²⁸⁹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 98.

¹²⁹⁰ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 102.

¹²⁹¹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 103.

¹²⁹² LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 103.

¹²⁹³ “Este sistema se fundamenta en una nueva cualidad de injusto-injusto del “sistema”-el cual sobre pasa el injusto de comportamiento aislado. Y por último, dicho sistema –en el proceso de retroalimentación- tiene como consecuencia una nueva forma de responsabilidad –la responsabilidad del “sistema”-la cual, más allá de la responsabilidad por su propio hacer, incluye el comportamiento del otro coautor sistémicamente vinculado”, en Ernst-Joachim LAMPE, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 107.

Así como hay sistemas de injusto simples, también los hay de mayor complejidad y son denominados *sistemas de injusto constituidos*. Esta especie de sistema se caracteriza por la pertenencia de los sujetos donde no es necesario el conocimiento personal de los mismos, a diferencia de la coautoría, además de caracterizarse por el incremento de sujetos participantes en interacción, donde la comunicación responde a esquemas de jerarquía y planeación¹²⁹⁴. Bajo esta especie podría englobarse a la empresa criminal, no como empresa económica criminal, sino bajo las consideraciones hechas en el apartado anterior. Como una entidad estructurada idénticamente a una empresa pero orientada exclusivamente hacia fines antijurídicos.

En cuanto a la información entre las jerarquías, ésta se lleva a cabo a través de canales de información donde la superior creadora de normas emite mensajes a las inferiores, quienes llevan a cabo la ejecución de tareas; de esta manera, existe un nutrido intercambio de información ya que también el inferior habrá de comunicarse con el superior reduciendo la complejidad del sistema y haciéndolo más efectivo y peligroso cuando posee una orientación criminal¹²⁹⁵.

Otra categoría es la relativa a las *agrupaciones criminales*. “La agrupación organizada y programada para tener una duración determinada afecta a tres ámbitos técnico procedimentales: el ámbito humano; la integración de medios materiales; la integración de los hombres y los medios materiales en un sistema técnico social”¹²⁹⁶. Es interesante la clasificación porque incluye el aspecto técnico que se vincula a la utilización adecuada de ciertos elementos materiales que son esenciales para la operación de la organización terrorista. Elementos que no suelen ser tomados muy en cuenta por la doctrina mayoritaria. Supongamos que la organización terrorista X cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos para conformarse de manera organizativa. Pero a pesar de ello carece de medios armados sin los que no es posible ejecutar operaciones intimidatorias. En este caso realmente la peligrosidad de X es mínima debido a la carencia de dichos elementos técnicos.

La finalidad de las agrupaciones criminales es cometer delitos, donde dicha finalidad sirve también como signo externo conformador del propio sistema, que es de tal importancia que se puede afirmar que la agrupación criminal es externa y se encuentra aislada jurídicamente frente al entorno¹²⁹⁷. Este etiquetamiento que lleva a cabo la propia agrupación criminal genera un fenómeno interesante y diferenciador de otras figuras afines como la empresa que es utilizada con fines ilícitos. Por ejemplo, una empresa lícita puede ser utilizada con finalidades delictivas como el blanqueo de capitales o la defraudación fiscal. No obstante, externamente la empresa es totalmente lícita. En el caso de la organización terrorista ello no es así debido a que el etiquetamiento sirve como signo distintivo de la inseguridad cognitiva que se genera. Ello demuestra una evidente finalidad comunicativa. En este sentido, la organización posee signos, vestimentas y demás elementos que buscan el anonimato y el amedrentamiento de los sujetos que fungen como destinatarios de sus mensajes comunicativamente hablando.

¹²⁹⁴ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 112.

¹²⁹⁵ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 113.

¹²⁹⁶ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 115.

¹²⁹⁷ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 115.

LAMPE sigue adelante con el análisis de las empresas económicas con tendencia criminal y los Estados pervertidos criminalmente¹²⁹⁸, categorías que debemos de dejar a un lado por escapar a nuestro objeto central de investigación.

Una vez que se ha expuesto brevemente las principales especies de injusto ahora hemos de sumergirnos en el fundamento dogmático del propio injusto sistémico. El análisis parte de la diferenciación entre el injusto de acción y resultado, frente al injusto, de relación que es una forma específica del mismo¹²⁹⁹. Ello tiene un fundamento en el carácter social del sistema y su interacción con el entorno. En otras palabras, los miembros del sistema introducen el entorno en el sistema y llevan al entorno el mundo del sistema¹³⁰⁰. Ello aunque parezca confuso debe ser comprendido bajo la relación que existe entre sistema y entorno naturalmente y recordar que los linderos del sistema sirven como señalamientos acerca de la existencia del mismo, es decir, el límite fundamenta el propio sistema frente al entorno. En otras palabras, el injusto del sistema y el injusto de relación interactúan entre sí¹³⁰¹. En el caso de la coautoría una vez más se pone de manifiesto esa forma en la que interactúan los miembros del injusto sistémico con el entorno y que se lleva a cabo a través de ese plan conjunto diseñado por los mismos y el reparto de roles¹³⁰², y habrá de responderse también de manera interesante desde el punto de vista del sistema¹³⁰³.

Por lo que respecta a las agrupaciones criminales, el injusto tiene una fuente meramente normativa, al ser tipificada la conducta como penalmente relevante¹³⁰⁴. Ello sólo nos da una respuesta formal sobre la propia fuente del mismo como entidad jurídica. No aporta nada en cuanto a su conformación. La inseguridad cognitiva será aquello que fundamente la conformación del injusto sistémico como entidad tipificada penalmente.

Según LAMPE, hay que considerar cuatro elementos para la conformación del injusto sistémico como agrupación de tipo criminal “*a*) el potencial humano y técnico disponible para la planificación y ejecución de delitos, *b*) la firme organización externa que somete este potencial al dominio de la voluntad común, *c*) la finalidad criminal constituyente del sistema perseguida por los partícipes con ayuda del potencial (la filosofía de la asociación), *d*) el sentimiento interno de “nosotros” en los partícipes que va fraguando con el tiempo en la agrupación con finalidad criminal”¹³⁰⁵.

Desde nuestra perspectiva, la organización terrorista que se contempla en el artículo 571 del CP español se encuadra perfectamente dentro de la categoría de injusto sistémico, al cumplir con todos los requisitos establecidos por LAMPE. Esto es así a tal

¹²⁹⁸ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., págs.116-123.

¹²⁹⁹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 123.

¹³⁰⁰ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 124.

¹³⁰¹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 124.

¹³⁰² LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 125.

¹³⁰³ “El injusto de sistema surge cuando al menos uno de ellos, conforme a su rol, entra en una relación de injusto con el entorno social. Su relación de injusto se imputa al sistema porque este autor no sólo actúa “en sus propios asuntos”, sino (también) como funcionario del sistema (...) Si lleva a cabo el plan del hecho hasta el final, entonces fundamenta el injusto de la ejecución del hecho para todo el sistema. El injusto de sistema se imputa, además, a los miembros particulares, ya que estos son los causantes del sistema y, por ello, tienen que cargar con la responsabilidad”, en Ernst-Joachim LAMPE, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 125.

¹³⁰⁴ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 125.

¹³⁰⁵ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 128.

grado que no nos parece desproporcionado pensar que la coincidencia entre la organización terrorista y las características del injusto sistémico son prácticamente las mismas. Despiertan singular interés el último punto que se refiere a ese sentimiento de “nosotros”. Cuando una organización terrorista se conforma, es bien sabido que los nuevos miembros deberán de pasar un riguroso “examen de confianza” y, una vez aprobado el mismo, pasarán a formar parte como “uno de los nuestros” desde la óptica organizativa del terrorista. El sentimiento de pertenencia es de gran importancia para los miembros y para el propio sistema, ya que si los sujetos se sienten funcional y psicológicamente como parte del proyecto, entonces la organización tendrá una mayor fuerza.

Dentro del análisis efectuado por LAMPE sobre la teoría del injusto sistémico, existen cuatro elementos comunes entre las agrupaciones criminales, las empresas económicas con tendencia criminal y el Estado o sus órganos corrompidos criminalmente y que son:

a) *Acumulación de potencial de riesgo en los sistemas.* Ello significa que son focos de peligro con trascendencia penal. El potencial se fundamenta en las personas que se encuentran preparadas para el conflicto así como por los medios técnicos que pueden ser empleados para la distribución de los roles; y la propia potencialidad especializada de los miembros es otro ingrediente que se suma al incremento del riesgo¹³⁰⁶. En resumen, los sistemas de injusto son peligrosos incrementando el riesgo de forma desautorizada.

b) *Ataque organizado e integración defectuosamente organizada.* Se refiere al ataque en contra de bienes jurídicos. Existe de esta manera una cercanía muy importante entre las organizaciones criminales y los Estados pervertidos criminalmente¹³⁰⁷. El ataque a los bienes jurídicos habrá de ser completada con la vulneración a la seguridad cognitiva a través del cuestionamiento sobre la vigencia de la norma. Ello habrá de responder a un objetivo trazado previamente y a una división del trabajo bien definida. El ataque habrá de ser efectivo y rápido. Esta forma de operar a través del ataque organizado habrá de obligar necesariamente a una reacción organizada y veloz también, pero por parte del Estado¹³⁰⁸.

c) *Sentimiento de comunidad.* La organización criminal se encuentra sumergida en este fenómeno¹³⁰⁹.

d) *Finalidad contraria al ordenamiento jurídico.* Ello entra en contacto directo con el carácter doloso de las actuaciones llevadas a cabo por el sistema de injusto en las organizaciones criminales, donde su actuar para vulnerar el ordenamiento jurídico habrá de ser doloso; ello es una característica muy importante debido a que en otros sistemas de injusto como los Estados pervertidos criminalmente, el ataque también puede llevarse a cabo de forma imprudente¹³¹⁰.

¹³⁰⁶ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 137.

¹³⁰⁷ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 138.

¹³⁰⁹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 138.

¹³¹⁰ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 139.

LAMPE cierra el análisis con la siguiente idea que consideramos de tal importancia que bien vale la pena citarla textualmente: “Si se reúnen los cuatro factores mencionados, entonces surge un injusto del sistema. Se trata de un injusto que no precisa de ninguna manifestación externa en sí a través de acciones: la agrupación criminal es un *sistema de injusto* en cuanto nazca como tal”¹³¹¹.

La organización terrorista encuadra dentro de los cuatro elementos que ha designado LAMPE en su teoría del injusto sistémico. Son características inherentes para la integración de un grupo de sujetos que se asocian creando una entidad diferente a que se orienta hacia la desestabilización social como mecanismo de cuestionamiento del poder y en busca de un sistema alternativo al de la democracia. Desde nuestra perspectiva, este último punto nunca debe de pasar desapercibido incluso cuando nos encontremos en las más absolutas profundidades de un análisis meramente sistémico. Ello se debe a que la propia democracia es el entorno (como entidad diferenciadora del injusto sistémico), donde este último buscará un nicho comunicativo para el ataque y futura desestabilización.

En vista de ello ¿qué debe hacer el Estado? reaccionar de tal manera que se emita un mensaje comunicativo opuesto a la inseguridad cognitiva y ello es a través de la pena misma. Sin embargo, LAMPE hace una interesante descripción sobre cómo habrá de ser la reacción del sistema social ante dicha afrenta, donde “la comunidad social tiene que reaccionar contra ello con una desaprobación inequívoca, con el asilamiento social, el exterminio de su recuerdo, con la prohibición de sus símbolos, etc.”¹³¹².

Una vez que hemos visto la forma en la que se llega a constituir la categoría de injusto sistémico y la manera en la que este se forma y materializa por medio de la organización criminal, debemos de hacer una referencia a la cuestión asociativa desde el punto de vista del sistema de expectativas.

Bajo este esquema, dentro de la doctrina española ha tenido eco la temática de la responsabilidad penal de la persona jurídica. No nos detendremos pero sí debemos hacer una referencia que tiene importancia debido a que el reconocimiento de un Derecho penal de la empresa y por ende de una culpabilidad para la misma, implica el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica sobre la misma¹³¹³. Así como se reconoce la empresa en su culpabilidad conforme las nuevas disposiciones del CP español, también debe de existir un paralelismo orientado hacia el reconocimiento colectivo de las organizaciones criminales, entendidas como una entidad distinta a los sujetos que la conforman. Hemos visto que realmente son figuras muy semejantes las empresas y las organizaciones criminales además de existir una serie de figuras intermedias o fusiones entre ellas tales como las empresas criminales y las empresas lícitas. La última categoría aprovechada con fines antijurídicos.

Respecto al sistema de expectativas, así como existen en lo social frente al ciudadano persona física, también habrán de existir para otras personas: existe un sistema de roles de naturaleza empresarial que sirven como garantía para el ciudadano corporativo, para que este sepa qué es aquello que se puede y lo que no se puede hacer

¹³¹¹ LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 139.

¹³¹² LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, op. cit., pág. 152.

¹³¹³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., págs. 74-75.

como miembro de la empresa¹³¹⁴. En este sentido la función de garantía que caracteriza a los roles en el ámbito de la persona física ha de ser aplicable a la persona jurídica.

Por lo que respecta al paralelismo entre la empresa y la organización criminal en el seno de la temática que estamos abordando, resulta de particular interés la teoría de la responsabilidad moral de las corporaciones que implica no sólo el hecho de poder castigar a las personas físicas que la integran, sino también a las propias organizaciones¹³¹⁵. Esta cuestión puede pensarse aplicable tanto a empresas como lícitas como a agrupaciones terroristas. Bajo este esquema nos sumamos a las consideraciones de la doctrina que afirma la existencia de elementos mínimos que permiten enderezar un reproche ético como ingrediente fundamental para integrar la culpabilidad y que se traducen en intencionalidad corporativa¹³¹⁶.

Cuando se presenta un evento terrorista ya no se debe pensar que ha actuado una célula o un miembro de cierta organización terrorista, sino que ha actuado toda la corporación criminal en su conjunto. Esto es el *quid* del asunto en realidad, que cada uno de los sujetos que llevan a cabo una misión conforme al “objeto social” de la empresa criminal, ha de responder por toda la organización terrorista con todos los costes que esto pueda acarrearle consecuencias que debió ponderar como riesgo al pasar a formar parte del injusto sistémico. Conforme a LAMPE, citado por GÓMEZ-JARA, existe la posibilidad de que el injusto sistémico sea susceptible de reproche, lo que pone de nuevo sobre la mesa el paralelismo entre la empresa y la organización criminal bajo la lupa del injusto sistémico. En este momento, repetimos, no podemos entrar a fondo sobre el tema de la culpabilidad de la empresa. Lo que nos interesa es fundamentar el mencionado paralelismo entre la empresa y la organización criminal desde el punto de vista funcional o sistémico.

“Si existe una responsabilidad ético-social de los sistemas que no está referida a sus acciones sino a su ser -a la filosofía de su fijación de objetivos, a la organización de su consecución de objetivos-, entonces puede darse también una desaprobación ético social cuando no hacen frente a su responsabilidad”¹³¹⁷. Ello quiere decir, desde nuestro punto de vista, que es exigible responder penalmente al injusto sistémico por el simple hecho de existir. Pero también desde el debate de la teoría de la voluntad de MERKEL, conforme a la cual no resulta descabellado el hecho de que se exteriorizara la voluntad colectiva poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos¹³¹⁸.

Bajo este esquema un terrorista al cometer un atentado expresaría la voluntad colectiva de la agrupación terrorista en el mundo fáctico. Un ejemplo donde esto sucede de manera literal es el fenómeno conocido como los narcomensajes en México. Estos mensajes son dejados en cartones grandes, mantas o incluso sobre los cadáveres de grupos rivales con mensajes de amenaza y que reconocen la autoría del atentado que se trate y que son firmados a título de la organización que ordenó dicha operación. No se firma a nombre de los autores materiales, por ejemplo, del asesinato de una persona, sino que se atribuye a toda la organización criminal.

¹³¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., pág. 75.

¹³¹⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., pág. 75.

¹³¹⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., pág. 75.

¹³¹⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., pág. 91.

¹³¹⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La culpabilidad*, op. cit., págs. 97-98.

Los sujetos que participen en el cumplimiento de las operaciones del sistema hacia el entorno, habrán de soportar el peso de la consecuencia por parte de toda la empresa y se deberá también enderezar la imputación a la organización criminal. La lógica lleva hacia una responsabilidad de tipo colectivo por parte de la empresa criminal, en lugar de pequeñas responsabilidades aisladas que se queden en la barrera del reproche para la personas físicas.

La teoría del injusto sistémico es por demás clarificadora para entender a la organización terrorista como una entidad distinta de los propios sujetos que la integran y que y, desde el punto de vista sistémico, como una entidad clausurada operativamente y que se autoreproduce a sí misma. La organización terrorista, bajo este mismo orden de ideas, posee una amplia capacidad jurídica desde el punto de vista civil y penal, entendiendo aquella como una persona social¹³¹⁹. Ello porque el crimen organizado importa un mayor nivel de inseguridad cognitiva. Aunado a lo anterior, y debido a su estructura, el injusto sistémico posee una importante capacidad de resistencia debido a la regeneración autopoietica de sus operaciones.

G) Velocidad y reacción del sistema terrorista

Conforme a la moderna teoría de los sistemas, es importante analizar el ritmo bajo el que la estructura criminal se regenera, situación que es bien conocida por todos pero que no se ha explorado lo suficiente desde el punto de vista sistémico. A través de la teoría del sistema social podemos encontrar interesantes planteamientos que pueden ser aplicados al injusto sistémico debido a su naturaleza precisamente de sistema social corrompido.

Para entrar en la temática afrontada, hemos de recordar que las relaciones entre los elementos del sistema llegan a alcanzar tal nivel de desarrollo que generan un incremento en el potencial de adaptación del propio sistema¹³²⁰. Este potencial de adaptación se refleja en la organización terrorista con respecto al entorno, por ejemplo uno de tipo democrático y a pesar de ser completamente antagónicos, el injusto resiste debido a la fuerza de su proceso de autorreferencialidad. Un ejemplo de ello son las consideraciones hechas anteriormente acerca de la fungibilidad de los miembros de la propia organización, pero ello incluso habrá de ser un proceso sistémico que habrá de llevarse a cabo con una importante velocidad. La organización criminal no puede sacrificar en vano un importante desembolso de tiempos porque precisamente es el entorno el que lo amenaza continuamente. Al invertir menos tiempo, la persona social puede hacer más cosas¹³²¹.

Naturalmente al buscar una mayor velocidad en la reacción del sistema por lo que respecta al mantenimiento de sus procesos, se corre un importante riesgo de actuar de forma aventurada, rasgo que, conforme a LUHMANN, es característico de los modernos sistemas sociales que sacrifican la prudencia por la velocidad¹³²². Desde nuestro punto de vista, este proceso, que se encuentra condicionado por la velocidad de reacción, es el lado más vulnerable del injusto sistémico; es justo en esta parte donde el

¹³¹⁹ SALDAÑA, Quintiliano, “La capacidad criminal de las personas sociales”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. XXXVI, Reus, Madrid, 1927, pág. 10.

¹³²⁰ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 61.

¹³²¹ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 66.

¹³²² LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 66.

combate a la delincuencia organizada puede tener una mayor efectividad. La teoría de los sistemas considera que los sistemas sociales son temporizados en cuanto a sus procesos: “(...) los sistemas sociales deben de ser rápidos (calientes), deben disponer de unidad y capacidad para la discriminación (autoobservación), característica que es la que se mantiene permanentemente -y eso en formas que puedan responder a las exigencias de rapidez”¹³²³-. El proceso de temporización del sistema demuestra su componente dinámico que es el fundamento de sus operaciones¹³²⁴. Bajo este orden de ideas y entendiendo a las operaciones como aquellas relaciones complejas entre los elementos del sistema, con un elevado grado de dinamismo, entonces constataremos que el combate al injusto sistémico es un juego de ajedrez donde el que ataca más rápido es quien gana la partida. Si el Estado golpea velozmente a la estructura criminal, entonces las operaciones se ven alteradas al interior de la misma.

Los sistemas que tienen complejidad y temporización implican la existencia de un equilibrio entre estabilidad e inestabilidad¹³²⁵ donde el conflicto entre la sociedad y el injusto sistémico genera un ambiente distinto y será por medio del Derecho que la sociedad se defenderá de manera legítima. Un claro ejemplo de ello es el Derecho penal del enemigo, que no busca solamente la defensa de la estructura social sino el ataque al injusto sistémico y dicho ataque ha de ir orientado hacia la autorreproducción del sistema de injusto mismo.

LUHMANN hace un interesante paralelismo entre los sistemas sociales y el sistema inmunológico y, entre otras cosas, afirma que la existencia del sistema inmunológico responde a la no adaptación con el entorno¹³²⁶. En el caso de la organización terrorista el fenómeno descrito por el autor alemán es de gran trascendencia, debido a que el injusto sistémico buscará ser el entorno dominante bajo su ideología, como imposición violenta de una nueva concepción de la realidad, una concepción observada desde el prisma de un cambio en el tejido de expectativas que ha desarrollado la sociedad. El Derecho entonces es el mecanismo de defensa para la sociedad, de tal suerte que el Derecho se alimenta de los conflictos¹³²⁷, precisamente bajo este tenor de ideas la reacción contra el injusto sistémico ha de ser veloz también, dotando el Derecho de posibilidades de reducción sobre las operaciones del sistema de injusto.

En un contexto ideal sistémico el Derecho es un sistema clausurado, cerrado, blindado contra la injerencia de otros sistemas como lo hace un sistema inmunológico¹³²⁸, el grave problema es que el injusto sistémico invade otro tipo de esferas de injerencia que tarde o temprano generan repercusiones en el Derecho a pesar de su clausura operativa; por ello, ésta no debe de entenderse como un blindaje, sino meramente como un cinturón que se cierra comunicativamente frente al entorno y otros sistemas. El injusto sistémico corrompe, esta es una de sus características que lo hacen tan peligroso y lo hace por medio del dinero o de la violencia. Esto quiere decir que el sistema de injusto se abre para contaminar otros sectores, mientras que el Derecho no puede hacerlo so pena de caer en operaciones antidemocráticas. El Derecho no puede

¹³²³ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 68.

¹³²⁴ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 68.

¹³²⁵ LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales*, op. cit., pág. 69.

¹³²⁶ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 644.

¹³²⁷ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 644.

¹³²⁸ LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, op. cit., pág. 645.

salirse de los propios márgenes que ha creado, ello es la gran importancia de este sistema, que se autolimita de forma absoluta. El Derecho no puede ir más allá del Derecho. Con la organización terrorista no ocurre lo mismo ya que esta como sistema sí puede rebasar sus propios límites y romper sus propias reglas al modo que le convenga conforme a la finalidad que se busca obtener.

El combate que se lleva a cabo contra el injusto sistémico dependerá para su éxito en gran medida de la velocidad con la que este se lleve a cabo; mientras menos tiempo tarden las herramientas jurídicas en causarle daño al injusto sistémico mayor posibilidad de éxito podrá ser alcanzada. El hecho de mermar el proceso de autopoiesis de la empresa criminal repercutirá en el futuro de las operaciones que se buscarán llevar a cabo y, si las operaciones comienzan a fallar, entonces no habrá mecanismo de autoafirmación de las expectativas al interior del injusto sistémico y por ende éste se debilitará de forma importante.

CAPÍTULO VII

ADELANTAMIENTO DE LA BARRERA DE PROTECCIÓN COMO TÉCNICA DE COMBATE A LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

I.- Marco conceptual del adelantamiento

A) Cambio de paradigma ante el delito

El adelantamiento va ligado, necesariamente, a una condición de naturaleza temporal. El propio diccionario refiere que adelantar significa: “Mover o llevar hacia adelante”, “acelerar, apresurar”¹³²⁹. Anticiparse implica la asunción de un riesgo. En la gran mayoría de las situaciones adelantarse implica apostar ante algo más o menos desconocido.

Por ejemplo, si un ajedrecista apuesta por una jugada de mayor complejidad se verá obligado a considerar un importante desembolso de tiempo y un riesgo de fracaso debido a la infinidad de variables que condicionan el hecho motivador de su estrategia. El jugador elabora un pronóstico sobre los movimientos que llevará a cabo su oponente. Bajo dicha predicción se asume el riesgo de fallar en el razonamiento *pro futuro* pero se actuará con una expectativa de éxito. Si lo logra, entonces podrá infligir un importante daño al oponente que le dará la victoria o por lo menos le aproximará en mayor medida a su objetivo.

En el Derecho penal sucede lo mismo. El adelantamiento de la barrera de protección implica un riesgo donde se encuentra en entredicho la libertad de las personas. La técnica anticipativa debe ser extremadamente cuidadosa y totalmente excepcional, aplicable, exclusivamente, a las conductas de mayor desestabilización para la sociedad.

El adelantamiento como característica del Derecho penal del enemigo tiene una estrecha relación con el *cambio de paradigma en la concepción del delito*. Esto quiere decir que hay un nuevo planteamiento, una forma novedosa y sugerente de analizar el fenómeno criminal desde el punto de vista dogmático y político criminal. Ello tiene aplicación directa para delitos de organización como el contenido en el artículo 571 del CP.

El delito conformativo de organización terrorista motiva un nuevo planteamiento del Derecho penal. El cambio de paradigma gira en torno a la erosión en la seguridad cognitiva que sufre la sociedad¹³³⁰. La inseguridad aportada por el injusto justifica el cambio en el Derecho penal prototípico.

El paradigma sufre una variación al cambiar de naturaleza retrospectiva a prospectiva, orientándose el Derecho, hacia la prevención de futuros actos lesivos¹³³¹. La situación no debe entenderse en el sentido de un adelantamiento generalizado, sino sólo ante determinadas formas de criminalidad con un elevado nivel de vulneración a la norma. Debido a lo excepcional de su aplicación, la actividad legislativa que lo crea es de la máxima relevancia para la comprensión del fenómeno. En este sentido, es el legislador el que elabora el análisis y otorga mayor importancia al hecho que se va a cometer en el futuro¹³³². Ello no significa que el legislador tienda a generalizar esta

¹³²⁹ Diccionario de la lengua española, tomo I, op. cit., pág.43.

¹³³⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 67.

¹³³¹ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 68.

¹³³² POLAINO-ORTS, Miguel, “¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir?”, op. cit., pág. 53.

técnica como una forma usual de trabajo legislativo. Esto conduce al replanteamiento sobre la importancia de la función que llevan a cabo los poderes legislativos en cuyas manos descansa el carácter dinámico de la sociedad. Decimos que descansa en ellos debido a que, si el cambio de paradigma se convirtiera en el común denominador al momento de considerar la tipificación de los delitos, la actividad social general se vería inmovilizada y la democracia se encontraría en peligro.

El cambio de paradigma, para ASUA BATARRITA, que ha llevado a cabo extensas investigaciones sobre el fenómeno terrorista, implica una afectación a la finalidad de la intervención penal¹³³³. Sin embargo, la propia autora reconoce que la agrupación terrorista es un fenómeno donde se aprecian elementos que ponen en peligro la seguridad cognitiva¹³³⁴. Ello parece una contradicción porque si acepta que el injusto sistémico traducido como agrupación terrorista vulnera la seguridad cognitiva, entonces no hay razón para rechazar el cambio de paradigma como fundamento del adelantamiento de la barrera de protección.

El cambio de paradigma va orientado hacia el combate de actos preparatorios pertenecientes a acontecimientos futuros¹³³⁵. Ello queda de manifiesto en el artículo 571 del CP que regula la conformación de la organización terrorista donde se incluyen varios criterios de imputación que son sancionados previamente a la existencia de la organización. No obstante, las conductas imputables van claramente encaminadas hacia la conformación del sistema. Ejemplo de ello son promover o constituir. El adelantamiento responde a una necesidad de combate que es real y constatable. Es exigencia máxima la acreditación plena del status de enemistad para echar a andar el mecanismo punitivo anticipadamente, técnica que no es exclusiva en el combate al terrorismo organizado, sino que también se aplica a otras especies de focos de peligro.

A pesar de ello BASTIDA FREIXEDO señala que “(p)or poner un ejemplo de actualidad: ¿las mujeres son maltratadas ahora especialmente y por ello se regula con severidad el maltrato femenino?, No”¹³³⁶. Dicha opinión no se salva de consideraciones críticas, puesto que el soporte analítico que descansa sobre la inexistencia de una regulación especial ha desaparecido, lo cual demuestra que la propia sociedad pocos años después ha requerido de una regulación de mayor especialización y con características de Derecho penal del enemigo. Ello se traduce, entre otras cosas, en la aplicación de la medida de alejamiento en contra del hombre como foco peligroso para la mujer y sus allegados. La Ley de violencia de género es del año 2004, por lo tanto ya desde esa época el legislador consideró necesario un cuerpo normativo especializado para combatir la violencia contra las mujeres. Con la norma se reflejó el cambio en el paradigma en la política criminal de Estado español. Sin embargo, así como el Derecho penal del enemigo no es una novedad¹³³⁷, tampoco lo es la existencia de figuras dogmáticas y de normas que contemplen tal cosmovisión.

¹³³³ ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo”, op. cit., pág. 240.

¹³³⁴ ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo”, op. cit., pág. 249.

¹³³⁵ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 280.

¹³³⁶ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral”, op. cit., pág. 294.

¹³³⁷ “Además, el Derecho penal del enemigo es una realidad ya conocida, existe desde siempre y se encuentran en todos los ordenamientos porciones más o menos conscientes de éste: sistemas sintomáticos, basados en la peligrosidad del reo, pertenecen al Derecho penal económico, ambiental, al Derecho contra la criminalidad organizada (...)”, en Luigi CORNACCHIA, “La moderna *hostis iudicatio*

En cuanto a la punición de los delitos de organización, autores como DÍEZ RIPOLLÉS han estimado que la anticipación y la asociación delictiva castigada fuera de las reglas de la autoría y participación son signos de una nueva política criminal de sociedades de riesgos que es criticable¹³³⁸. La política criminal es ciencia de la legislación penal¹³³⁹. No entraremos a debatir acerca de la sociedad de riesgos, porque ello implicaría un importante golpe de timón para nuestra investigación. No obstante, sí diremos que la sociedad de riesgos en la actualidad ya es una realidad que la moderna doctrina penal explora como un “ambiente” bajo el cual hay que analizar los problemas jurídicos, especialmente desde el prisma de los criterios pertenecientes a la imputación objetiva. Es innegable que la sociedad moderna se encuentra influenciada constantemente por la economía y el desarrollo tecnológico, ello repercute en la seguridad de los ciudadanos debido a las decisiones que toman los hombres al interior de los agentes económicos y tecnológicos¹³⁴⁰. Dichos elementos dan cuerpo al cúmulo de riesgos que abundan en la sociedad actual. Bajo estas premisas, el Derecho penal debe adaptarse al entorno riesgoso obligatoriamente. El comportamiento imputado adquiere relevancia, en razón no de la causación del resultado, sino del peligro producido que es valorado como tal por el Derecho¹³⁴¹.

¿El cambio de paradigma retrospectivo a prospectivo es una forma de expansión del Derecho penal?, consideramos que la respuesta es afirmativa porque efectivamente representa un paso futuro para fundamentar el adelantamiento de la barrera de protección. Ello no debe entenderse en un sentido negativo, porque existe, -como se ha señalado- con seguridad una expansión racional del Derecho penal frente a una de tipo irracional¹³⁴². La expansión racional depende de las circunstancias históricas por las que atraviesa una sociedad determinada y por ende de sus necesidades político criminales. En este sentido no es posible generalizar que toda expansión es negativa porque habrá que mirar el entorno social en concreto. Ello entonces no autoriza a que toda expansión sea “satanizada” por ciertos sectores garantistas que simplemente no escuchan los argumentos de aquellos que miran un problema bajo otro punto de vista.

DESCARTES reflexionó sobre la diferencia entre puntos de vista “(...) y así, la diversidad de nuestras opiniones no viene de que unos sean más razonables que otros, sino sólo de que conducimos nuestros pensamientos por caminos distintos y no consideramos las mismas cosas”¹³⁴³. De esta manera debemos estar abiertos a las opiniones de posturas que pueden ser radicalmente distintas a la que consideramos como válidas.

entre la norma y estado de excepción”, traducción de Beatriz ROMERO FLORES, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 428.

¹³³⁸ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., págs.556-558.

¹³³⁹ SANZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones en torno”, op. cit., pág. 740.

¹³⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, reimpresión de la 2ª. edic., B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006, págs. 13-14.

¹³⁴¹ TORIO LÓPEZ, Ángel, “Naturaleza y ámbito”, op. cit., pág. 34.

¹³⁴² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal*, op. cit., pág. 12.

¹³⁴³ DESCARTES, Renato, *Discurso del método, tratado de las pasiones e investigación de la verdad*, Nueva biblioteca filosófica, Madrid, 1931, pág. 6.

La doctrina que ha contribuido de forma importante a la confrontación científica ha sido el garantismo. Entendámoslo como un modelo idealizado que se aplica medianamente a la realidad¹³⁴⁴. En este trabajo no estamos en contra de las garantías que deben existir en el sistema Derecho penal. No obstante, rechazamos el garantismo extremo e irracional que empaña el debate científico. Compartimos las opiniones de POLAINO NAVARRETE cuando afirma que la corriente garantista ha acertado en la exigencia de una limitación racional del Derecho, sin embargo, hay que reconocer que también el sistema tiene fallas y zonas oscuras que dificultan su concretización¹³⁴⁵. El garantismo así como el Derecho penal del enemigo ha de ser limitados para evitar excesos que pueden acontecer producto de esquematizaciones ideales del sistema. Sin embargo, no debemos olvidar las aportaciones de la corriente garantista en aras de una transformación y humanización del Derecho penal¹³⁴⁶.

Volviendo al tema central, el cambio de paradigma temporal es el núcleo motivador de la anticipación protectora. Ahora bien, el cambio va más allá. También se presenta una variación en la forma de estudiar los sistemas de injusto. En este contexto, desde que estos han irrumpido en la moderna discusión penal han transitado hacia un esquema prospectivo. Ahora se mira al futuro para atender las necesidades político criminales que se presentan en el sistema de expectativas, es decir, en la sociedad misma. El cambio hacia una visión prospectiva es una herramienta para el combate del injusto sistémico. Lo anterior responde a las especiales características del fenómeno criminal entendido como fuente de inseguridad cognitiva y que, debido a su peligrosidad, obliga al Derecho a actuar de manera anticipada.

A pesar de que parte de la doctrina ha trabajado intensamente en la legitimación y justificación del tema planteado, otro segmento numeroso de investigadores continúa considerando que el cambio de paradigma, y por ende la aceleración de la barrera de protección, son categorías que vulneran necesariamente el principio del hecho.

B) Sobre la vulneración al principio del hecho

El principio del hecho es, sin duda, uno de los grandes pilares de la ciencia penal. Aceptado y reconocido por la doctrina y las legislaciones democráticas, el sujeto responderá exclusivamente por lo que ha cometido. El sujeto no podrá responder de aquello que no le sea imputable en un momento determinado como exteriorización de su comportamiento en atención al incremento del riesgo. La sociedad de los hombres es una sociedad jurídica¹³⁴⁷. En ella los principios rectores de la aplicación normativa no pueden ser vulnerados. El principio del hecho no es coartado al momento de entrar en vigor las normas de Derecho penal del enemigo como medida de combate a la organización terrorista.

¹³⁴⁴ BOBBIO, Norberto, "Prólogo", en Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Alfonso RUIZ MIGUEL, 9ª. edic., Trotta, 2009, pág. 15.

¹³⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Instituciones*, op. cit., pág. 37.

¹³⁴⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J M Bosch, Barcelona, 2002, pág. 40.

¹³⁴⁷ BARCELONA, Prietro, "La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna", traducción de Mariano MARESCA, en Guillermo PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2005, pág. 14.

El principio también es conocido como principio del acto, en oposición directa con el derecho penal autor o de la voluntad¹³⁴⁸. Ello pone de manifiesto su función garantista. El principio tiene dos vertientes, que son de la máxima importancia para nuestro estudio: la primera exige la voluntad exterior criminal y la otra, que es correlativa, prohíbe el castigo a los meros pensamientos y por ende a las inclinaciones ideológicas del sujeto¹³⁴⁹. Bajo este orden de ideas el principio tiene un código, según el cual sólo hay dos posibles soluciones por demás evidentes y que se resumen de la siguiente manera: lo que se sanciona a través del Derecho penal o es el acto (externamente hablando) o es al autor (interiormente hablando). De esta manera si se afirma que el paradigma prospectivo de la anticipación de la barrera vulnera el principio del hecho, quiere ello decir que esta técnica pertenece al Derecho penal de autor. El razonamiento implicaría negar el *status comprobado de enemigo* y la *producción de inseguridad cognitiva*. Por lo tanto, aquellas críticas que van en el sentido de considerar el paradigma prospectivo como parte del derecho de autor no son acertadas, debido a que la inseguridad no puede producirse si no es mediante actos objetivamente relevantes.

El cambio de paradigma no implica una nueva cosmovisión dogmática que se orienta hacia los extremos del derecho penal de autor¹³⁵⁰. Por el contrario, el cambio en el prisma se fundamenta en aquello que se manifiesta exteriormente, de forma tal que el Derecho se limita a describir lo que ocurre y que debe ser reprobado por sus implicaciones en el seno del mundo social. Lo anterior debe mantenerse lejos de valoraciones y consideraciones de tipo ontológico. Sobre esta temática GRACIA MARTÍN estima que la única diferencia entre una actividad socialmente adecuada y una inadecuada reside en el carácter axiológico de dicha acción que vive dentro de la voluntad del sujeto. El maestro español manifiesta en este punto una respetable visión del Derecho que pertenece al más puro finalismo, lejano a las modernas concepciones que hoy se encuentran en discusión y sobre todo en aplicación a complejas problemáticas criminales como la de la conformación de organizaciones terroristas. El debate lleva al tema de la legitimidad ya no sólo del cambio de paradigma del Derecho penal, sino del Derecho penal del enemigo como subsistema de Derecho.

A pesar de la gran cantidad de críticas que ha recibido el modelo, hay un reconocimiento por la doctrina sobre su existencia¹³⁵¹. Ello no implica un mérito a favor de aquellos que defienden, limitan y tratan de perfeccionar a este Derecho de combate, sino que es meramente un reconocimiento de aquellos fenómenos existentes en la realidad jurídica de las modernas democracias contemporáneas.

GRACIA MARTÍN pone como ejemplo de una norma de Derecho penal del enemigo la Ley contra la masonería y el comunismo de 1941, en el auge de la dictadura de Franco¹³⁵². Dicha norma insoportable se aleja completamente del carácter avalorado, científico y descriptivo que constituyen los pilares sobre los que descansa el Derecho penal del enemigo. El prólogo de la ley al que se refiere GRACIA MARTÍN contiene alusiones tan poco demostrables como imputar a la masonería la pérdida de las colonias

¹³⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal*, op. cit., pág. 155.

¹³⁴⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Derecho penal*, op. cit., pág. 156.

¹³⁵⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el "Derecho penal del enemigo"*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs.81-82.

¹³⁵¹ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo*, op. cit., pág. 93.

¹³⁵² GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo*, op. cit., pág. 95.

españolas para fundamentar la necesidad de la norma, así como colocar en polos opuestos y necesariamente enfrentados al pueblo español frente a aquellos vinculados a las logias y al comunismo¹³⁵³. Esta forma de razonamiento es típica de una dictadura. No tiene en absoluto ninguna relación con el cambio de paradigma y el respeto al principio del hecho. En cambio, el cuerpo normativo lo viola flagrantemente. La norma se caracterizó por conculcar el principio de legalidad así como por su indefinición de los conceptos de masonería y comunismo, por lo que la dictadura podría insertar en ellas a quien quisiera¹³⁵⁴. Así se vulneraban la mayoría de los principios que hoy son respetados por el Derecho penal del enemigo¹³⁵⁵. Por lo expuesto no compartimos la opinión de GRACIA MARTÍN cuando invoca como modelo de Derecho penal del enemigo la mencionada norma vigente durante la dictadura.

El profesor español cae en una importante contradicción al afirmar que “(a) mi juicio, un debate y una indagación acerca de este denominado Derecho penal del enemigo no podría plantearse, ni tendría sentido, en relación con la legislación de un régimen totalitario”. Ello debe precisarse por que la moderna doctrina ha establecido con claridad que la democracia es uno de los presupuestos que posibilitan la existencia del Derecho penal del enemigo¹³⁵⁶. El Derecho penal que se vive en las dictaduras no puede ser analizado bajo el prisma del Derecho penal democrático. Quienes buscan justificar las críticas mediante dicho juego de conceptos caen en una serie de contradicciones insalvables. Así lo reconoce GRACIA MARTÍN al señalar que las legislaciones nacidas bajo el amparo de gobiernos dictatoriales no son ni siquiera partícipes de la idea de Derecho¹³⁵⁷, idea que compartimos ampliamente.

Desde otro punto de vista, el legislador español ha considerado que existe un cambio de paradigma respetuoso del principio del hecho al tipificar el artículo 571. En este sentido, hasta la fecha, el tipo no ha sido impugnado argumentándose una potencial vulneración a tal principio. De esta forma la política criminal del legislador ha sido acorde con un Estado de garantías. No es saludable medir “con la misma vara” una norma vigente durante una democracia que en dictadura. Un debate así resulta francamente absurdo y tendencioso. A pesar de ello hay segmentos de la doctrina que dejan entrever que a su juicio el Derecho penal de combate al terrorismo descansa sobre criterios de imputación apriorísticos¹³⁵⁸.

El moderno y único Derecho penal del enemigo no sanciona pensamientos ni ideas, sino actos desestabilizadores exteriorizados que implican un déficit de civilidad. Lo anterior ha de ser entendido en el sentido de una infracción en el rol de ciudadano que, por cierto, es sencillo en cuanto a su satisfacción, por lo que todo razonamiento ontologicista debe de ser desechado. El Derecho penal del enemigo sólo puede ser comprendido como modelo especializado para el combate del injusto sistémico terrorista, dentro de los linderos del moderno sistema de Derecho penal funcionalista.

¹³⁵³ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La consagración*, op. cit., pág. 33.

¹³⁵⁴ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *La consagración*, op. cit., pág. 33.

¹³⁵⁵ “Por otra parte, el principio de irretroactividad de la Ley penal desfavorable fue quebrantado una y otra vez al castigarse la pertenencia a la masonería anterior a la entrada en vigor de la ley (...)”, en GUILLERMO PORTILLA, *La consagración*, op. cit., pág. 34.

¹³⁵⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 551-560.

¹³⁵⁷ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo*, op. cit., pág. 95.

¹³⁵⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 216.

En palabras de JAKOBS, “(l)a pregunta acerca de lo interno sólo está permitida para la interpretación de aquellos fenómenos externos que son ya, en cualquier caso, perturbadores. De acuerdo con ello, para que una conducta pueda ser punible tiene que ser entendida como una perturbación con independencia de la parte subjetiva y, de modo más general -puesto que la parte subjetiva figuraba hasta aquí *pars pro toto*-, con independencia también de la conducta del autor en su ámbito privado”¹³⁵⁹.

C) Adelantamiento de la barrera de punibilidad

1. El ámbito previo en la conformación terrorista

Este fenómeno que no ha sido explorado ampliamente por la doctrina y por otra parte ha sido desmesuradamente criticado, no implica nada más que el reconocimiento de la voluntad del legislador al momento de tipificar las conductas que son reprobadas socialmente. Generalmente en las democracias contemporáneas existe sólo un puñado de artículos bajo los cuales se contempla la anticipación punitiva. Uno de ellos es el artículo 571, tema de nuestro trabajo de investigación.

El adelantamiento consiste en la materialización y normativización del paradigma prospectivo. Según la posición crítica de GRACIA MARTÍN, el adelantamiento se caracteriza por ser “amplio”¹³⁶⁰. No compartimos la idea que dicha anticipación sea vasta. Debemos de limitarnos a considerarle sencillamente como una anticipación sin agregar calificaciones imprecisas. Establecer una graduación sobre dicha técnica carece de sentido práctico. Este deberá responder a los extremos de la propia norma y en relación a las necesidades de la sociedad sin olvidar que el principio del hecho es el límite al adelantamiento.

De conformidad al prisma social, es aceptado el adelantamiento porque no existe otra opción ante el fenómeno proveniente de la actividad terrorista en su vertiente conformativa. Ello a pesar que los sujetos comúnmente se encuentren imbuidos y debatiendo sobre el tema de la seguridad¹³⁶¹. No quiere decir que los miembros de la sociedad deban “acostumbrarse” a tolerar la conformación de injustos de sistema tales como las organizaciones terroristas, ello es imposible en democracia. La imposibilidad radica en la confrontación entre el sistema social y el sistema de injusto.

Este fenómeno de la anticipación punitiva ha sido explorado y puesto sobre la mesa de debate por JAKOBS en la conferencia de 1985 *sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico*. JAKOBS reconoce al inicio de su exposición que existe una importante dificultad en cuanto a la delimitación de aquello que es el “estadio previo” y cómo varía en distintos tipos penales¹³⁶². Ello es innegable y es parte de la labor del Derecho penal del enemigo el abocarse a la tarea de limitar y acotar al máximo posible este ámbito previo. La zona conflictiva obliga a considerar que hay dos sistemas de incriminación a través de la lesión al bien jurídico y la anticipación de la barrera¹³⁶³. En el caso particular de la sanción a la organización terrorista en cuanto a su ámbito previo, es decir, a su conformación, se observa claramente un adelantamiento de

¹³⁵⁹ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 302.

¹³⁶⁰ GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo*, op. cit., pág. 107.

¹³⁶¹ JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal*, op. cit., pág. 42.

¹³⁶² JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 293.

¹³⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 312.

la barrera de protección en pro de la seguridad cognitiva. Ello debido a que dicha anticipación es necesaria; el concepto de bien jurídico ya no satisface, en su aislamiento, la necesidad de la modernidad sino que debe de ser complementado con otras figuras¹³⁶⁴.

Desde la perspectiva de la sociedad, el límite en la determinación del ámbito previo ha de encontrarse inmerso en el propio sistema de expectativas¹³⁶⁵. De esta manera, la sociedad establece hasta donde deberá de recorrerse el ámbito previo, mismo que habrá de objetivarse en la norma penal. El hecho de adelantar la barrera de protección tal vez sea incómodo para ciertos sectores doctrinales pero la crítica no hace nada más que quedarse en eso, sin proponer una solución congruente y viable al problema del injusto sistémico.

Volviendo a JAKOBS, a pesar de la dificultad que implica establecer con claridad los límites al ámbito previo, existe una categoría donde la punibilidad ya no tiene cabida que es la conducta previa¹³⁶⁶. Por ejemplo en materia de conformación de la organización criminal no es posible adelantar la barrera a un momento anterior a promover, constituir, organizar o dirigir, porque ello ya implicaría un adelantamiento del adelantamiento, situación que ya no resulta posible admitir bajo la concepción moderna y democrática de un Derecho penal del enemigo. En el mismo sentido la cuestión, además, presenta serias dificultades en materia de prueba.

En los doctrinarios que dieron legitimidad al régimen nazi encontramos argumentos que rompen con el límite al adelantamiento punitivo. Para LARENZ, existe un sentido de comunidad donde el pueblo y la sangre van de la mano¹³⁶⁷, bajo un contexto de eliminación conceptual del sujeto como entidad merecedora de valor alguno, donde lo único que ha de importar es el mantenimiento de la estructura comunitaria. La comunidad es una entidad absolutamente superior al individuo¹³⁶⁸. El interés común existe por encima del valor del sujeto. Prima la concepción del sano sentimiento del pueblo¹³⁶⁹ como justificante de toda aberración jurídica. Dentro de la cosmovisión del Derecho nacionalsocialista, todo delito -contra un individuo- repercute necesariamente en la comunidad, porque no hay diferencia entre sujeto y conglomerado y por ende el delito más grave es la alta traición, mismo que constituye el tipo más relevante de dicho periodo histórico¹³⁷⁰. Ello comienza a aproximarnos a la tendencia espiritualista que terminó por justificar la sanción penal y la invasión de la esfera interna de las personas. LARENZ parte de una especie de concepción cargada de cuestiones morales del delito donde la norma no es fuente del Derecho, sino lo es la naturaleza misma¹³⁷¹. Incluso se llega a afirmar que el juez será quien pueda considerar que cierto

¹³⁶⁴ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, pág. 16.

¹³⁶⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 312.

¹³⁶⁶ JAKOBS, Günther, "Criminalización", op. cit., pág. 293.

¹³⁶⁷ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo, Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, traducción de Cristina GARCÍA PASCUAL, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 294.

¹³⁶⁸ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., pág. 295.

¹³⁶⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 137.

¹³⁷⁰ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., págs. 297-298.

¹³⁷¹ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., pág. 301.

comportamiento, a pesar de no encontrarse en la norma, ha de ser punible, la norma tiene una importancia relativa y se destruye el principio de legalidad¹³⁷².

La pena es la eliminación física del sujeto por su oposición a la comunidad, misma que puede llegar al fondo de la degradación y se vislumbra, a través de la teoría de la pena, la justificación de la existencia de los campos de concentración¹³⁷³. Los juristas de aquella época desarrollaron un concepto ontológico de enemigo: “El concepto de enemigo es empleado por la doctrina nacionalsocialista para justificar la pena de muerte y la exclusión del descariado de la sociedad”¹³⁷⁴. Dicha perspectiva se encuentra en las antípodas del concepto funcionalista de enemigo. Todo este panorama ha servido para comprender el ambiente bajo el cual el derecho voluntarista era sancionado desde la perspectiva de la subjetividad. De esta manera se desarrolló un sistema penal subjetivista y espiritualista¹³⁷⁵. Ello también influyó en las distintas categorías que conformaban la concepción del delito en aquella época. Bajo esta espiral de aberraciones jurídicas se llegó a establecer un principio de tipicidad subjetiva¹³⁷⁶. De esta manera, al vulnerarse el principio del hecho, se desencadenó un súper-adelantamiento de la barrera de punición que fue tan desmedido que sancionó al sujeto por lo que era o pensaba y no por lo que manifestaba exteriormente. Estas situaciones sí son reprochables desde el punto de vista penal y carecen de toda utilidad en relación al restablecimiento de la vigencia de la norma.

Ya en la actualidad, el problema del adelantamiento es de implicaciones relativas a la parte general del Derecho penal¹³⁷⁷. Sobre el concepto clásico de la lesión al bien jurídico ¿hasta dónde debe adelantarse la barrera? ¿cómo distinguir a partir de qué actos desarrollados es jurídicamente posible sancionar a quien promueve, constituye, organiza o dirige una organización terrorista? El tema posee un grado de dificultad importante y lleva necesariamente a la figura de la tentativa como un ejemplo clásico de adelantamiento de barreras. El instituto pertenece a la parte general y que viene bien para la exposición del tema siempre orientado hacia el terrorismo.

La teoría subjetiva de la tentativa es el primer espejismo que se puede prestar a confusión argumentando que será lícito el adelantamiento a partir de la voluntad de conformar la organización criminal y no a partir de la conformación real de la misma. Esta es una teoría que se fundamenta meramente en el aspecto subjetivo de la acción misma¹³⁷⁸. La teoría subjetiva en materia del adelantamiento implica, en palabras de JESCHECK, un desbordamiento de la punibilidad, mismo que ha sido una de las razones que ha generado su rechazo¹³⁷⁹. En el otro lado de la moneda, la teoría objetiva de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro del objeto de la acción, procedida por el tipo donde lo que importa es el peligro en la producción del injusto de resultado, tesis que también se encuentra superada¹³⁸⁰. Por otra parte, existe otra teoría de tipo

¹³⁷² LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., págs. 302-303.

¹³⁷³ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., pág. 322.

¹³⁷⁴ LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo*, op. cit., pág. 323.

¹³⁷⁵ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 317.

¹³⁷⁶ POLAINO-ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 317.

¹³⁷⁷ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 293.

¹³⁷⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág. 20.

¹³⁷⁹ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 552.

¹³⁸⁰ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 551.

intermedio que tiene un importante valor para la temática que nos encontramos explorando. Se denomina teoría de la alarma o de la impresión y posee una importante base subjetivista, pero requiere de actos objetivos que generen la alarma en la colectividad, es decir, que dicha voluntad deberá ir de la mano con los actos objetivos¹³⁸¹. Desde otra perspectiva, la doctrina señala que las consideraciones “puras” tanto de la vertiente subjetiva como objetiva no conducen a resultados positivos¹³⁸². En Derecho es complicado llegar a conclusiones adecuadas partiendo de posturas extremas. Así, también han de armonizarse los criterios formal y material, de tal suerte que exista una lesión a la vigencia de la norma y una puesta en peligro sobre el bien jurídico¹³⁸³.

Si aplicamos estos conceptos a la conformación práctica de la organización terrorista, entonces podríamos caer en el engaño de que es posible sancionar la tentativa de conformación, lo cual, fundamentaría un adelantamiento inadmisibles. Recordemos, además, que el hecho de conformar una organización terrorista es un delito de resultado formal, es una cuestión meramente normativa que se distingue a la tentativa para llevar a cabo un atentado terrorista, situación que implica una problemática muy diferente a la que nos encontramos abordando.

Esta respuesta que puede ser tachada de excesivamente formalista tiene una interesante razón de ser que se resuelve reflexionando sobre los delitos de mera actividad, que deben ser considerados como aquellos bajo los que no es necesaria una alteración en el mundo fenomenológico para su consumación. Sólo basta la simple adecuación de la conducta descrita en el tipo. “(...) el tipo de injusto se agota en la acción del autor sin que el resultado (en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente) deba sobrevenir”¹³⁸⁴. Ésta es la concepción mayoritaria y pareciera que no tiene mayor dificultad en su planteamiento. Por su propia y especial naturaleza es imposible introducir la tentativa en el universo de los delitos de mera actividad. Sin embargo, JESCHECK sí acepta determinados casos en los que es posible hablar de tentativa para los delitos de mera actividad y considera dos tipos de supuestos, los que requieren de un cierto tiempo para su consumación, es decir, que no se consuman al inicio de la actividad (declarar falsamente en grado de tentativa que comienza con la aceptación del juramento) y cuando hay un error en algún elemento del tipo que deviene en tentativa inidónea (tener relaciones con un menor pensando que es menor de catorce años)¹³⁸⁵. Naturalmente que los delitos de actividad sí poseen un resultado normativo. Ello ha de ser analizado a la luz del bien jurídico como un resultado de tipo espiritual¹³⁸⁶.

Los casos propuestos por JESCHECK son contados y difíciles de imaginar fuera de un trabajo de laboratorio. Sin embargo, son interesantes y abren un abanico de

¹³⁸¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág. 22-23.

¹³⁸² POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en Francisco GUTIÉRREZ ALVIZ-CONRADI (dir.), *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 72, 4º trimestre, Madrid, 2003, pág. 78.

¹³⁸³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo”, op. cit., pág. 78.

¹³⁸⁴ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 282.

¹³⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 563.

¹³⁸⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Parte general del Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, pág. 306.

nuevas interrogantes para su análisis. Podemos afirmar que para efectos del artículo 571 del CP, la tentativa, a pesar de ser un delito de mera actividad, no es aceptable por las razones esgrimidas anteriormente, por lo que el adelantamiento en la tentativa, como figura de la parte general, no tiene realmente una relación trascendental con la conformación de la organización criminal desde el prisma del funcionalismo. Este análisis será abordado a profundidad en otra parte de la investigación.

Otro tema que se relaciona con la anticipación y que pertenece a la parte general es el de los delitos de peligro. No entraremos a explorar cada uno de ellos, sino que nos limitaremos a mencionar aquellas circunstancias que son de especial interés para la temática que estamos abordando. Existe un problema particular sobre el tema de la lesividad del injusto de organización terrorista desde la perspectiva de los delitos de peligro abstracto que no ha terminado de convencer a la doctrina. KINDHÄUSER ha establecido una posible vía de solución, al considerar que los delitos de peligro son delitos de lesión *sui generis* y que no implican un adelantamiento de las barreras de protección sino que son delitos autónomos de lesión que se encuentran rodeados de expectativas de confianza y seguridad¹³⁸⁷. Es verdad que los delitos de peligro abstracto son una herramienta para la prevención de riesgos colectivos¹³⁸⁸. Sin embargo, si se hace un análisis con detenimiento, es posible percatarse que en materia de injusto sistémico traducido en la organización terrorista, no hay presencia de un delito de peligro abstracto, sino que en el caso de la organización terrorista el peligro se encuentra absolutamente concretizado. Es un delito que se consume de forma contundente y que genera un peligro para la generalidad. La producción de inestabilidad es concreta no abstracta, por lo que nos encontramos, al igual que en el caso de la tentativa, con un corto circuito al tratar de introducir parámetros funcionales y normativistas en la esfera de la clásica concepción del bien jurídico.

“La lesividad de la conducta de organización criminal está dada, entonces, por el desvalor de peligrosidad objetiva, es un injusto de peligrosidad”¹³⁸⁹. En otras palabras, con las actitudes externas, constatables y demostrables efectivamente la organización puede generar un daño, en otras palabras; la peligrosidad tiene su fundamento en la posibilidad real y efectiva de poder llevar a cabo los delitos fin que constituyen el objetivo criminal de la misma¹³⁹⁰. Por otra parte, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ señala que en la práctica la determinación del peligro generado por la organización criminal es difícil de cuantificar, por lo que es más adecuado considerar al injusto como uno de peligro hipotético¹³⁹¹. No compartimos la opinión de la autora, además que ella misma se contradice al establecer a pie de página lo siguiente: “Aunque diversos indicios pueden llevar a formular este elemento normativo: grado de conformación de la estructura delictiva, cantidad de miembros, utilización de medios tecnológicos, comisión previa de varios delitos, etc. Todo ello, puede llegar a definir el grado de peligro de la organización criminal”¹³⁹². En ello radica la cuestión que justifica el adelantamiento, en una parte que contiene un importante aporte de inseguridad cognitiva constatable objetivamente.

¹³⁸⁷ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 267.

¹³⁸⁸ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español*, op. cit., pág. 693.

¹³⁸⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., págs. 267-268.

¹³⁹⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 268.

¹³⁹¹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., pág. 268.

¹³⁹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada*, op. cit., nota 373, pág. 268.

En los delitos de peligro hipotético no ha quedado establecido el momento en el que el peligro ya es relevante para el Derecho penal, por lo que todo habrá de quedar reducido a una valoración del peligro mismo¹³⁹³. De esta manera, el peligro que produce la organización criminal es opuesto diametralmente al hipotético debido a que su nivel desestabilizador es objetivo y manifiesto.

Recapitulando, no debe olvidarse que las figuras de la parte general se exploran con la intención de ilustrar que existen casos de adelantamientos que pueden tener, o no, relación con el injusto sistémico que se estudia. La cuestión central tiene que ver con dos diferentes concepciones, debido a que, desde la perspectiva funcionalista que aquí se propugna, no se pueden calcular con la misma regla categorías que se encuentran fuera de la concepción normativista, como la tentativa y la mera actividad, creados y desarrollados bajo el antiguo paradigma de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. El injusto sistémico y su combate a través del adelantamiento de la barrera de punición importan un paradigma completamente nuevo, que gira en torno al concepto de seguridad cognitiva.

El ámbito previo como fundamento de la anticipación de la barrera es una cuestión muy delicada que debe ser tratada con pinzas por parte del legislador. Ello debido a que colinda con los principios esenciales del Derecho penal, entre ellos con el principio del hecho.

La anticipación de la barrera tiene, desde la perspectiva de JAKOBS, una ventaja de naturaleza policial que permite a los agentes actuar oportunamente¹³⁹⁴. El argumento no sólo pertenece a la parte general, sino también a la especial. Piénsese en la organización terrorista en sí; el Derecho va a tener dos opciones, la primera consiste en no acelerar el baremo de protección y esperar a que la organización terrorista se conforme, lleve a cabo alguno de los delitos fin y entonces se permite la activación del mecanismo punitivo del Estado. La segunda opción sería, no esperar a la consumación de los delitos fin y sancionar, anticipadamente, la conformación de dicha organización criminal como delito consumado autónomo. En el primer caso, al suprimir el adelantamiento se presenta un vicio en el sistema debido a que no hay una reacción oportuna por parte del mecanismo de control de criminalidad. De la misma manera no sólo se lesionará la seguridad cognitiva sino también los bienes jurídicos que resulten afectados por la consumación de las operaciones delictivas. En el segundo caso se salva la seguridad cognitiva, se restablece la vigencia de la norma y se evitan ulteriores lesiones a bienes jurídicos.

La anticipación es una medida excepcionalmente necesaria que busca responder preventivamente ante la acechanza del delincuente terrorista. Lo que sucede es que nos encontramos en un juego peligroso entre el Estado y el sistema de injusto donde la balanza se inclina, ventajosamente a favor de la organización criminal; ello debido a que el terrorista no se muestra ante los ojos de todos como lo hace el Estado, sino que permanece organizado subrepticamente esperando el momento oportuno para organizarse y llevar a cabo sus planes. En otras palabras, la organización terrorista va adelantada en relación al Estado.

¹³⁹³ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 34, Fascículo III, Madrid, 1981, pág. 843.

¹³⁹⁴ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 294.

Los críticos del adelantamiento no se percatan de esta situación que es absolutamente real. La ley va unos pasos detrás del delito perteneciente al Derecho penal del ciudadano. En el caso de la organización terrorista, ésta le lleva una mayor distancia, es decir, se encuentra más adelantada. ¿Por qué el Estado no puede adelantar su barrera de protección y el injusto sistémico sí sus acciones? Es paradigmático cómo se encuentran en una encrucijada jurídica el adelantamiento de la barrera de protección vs el adelantamiento de la barrera desestabilizadora. Cuando una agrupación se organiza con fines ilícitos hay un adelantamiento, ya que desde ese momento existe una lesión a la seguridad cognitiva y riesgo para los ciudadanos. Por ello el Estado también se debe de anticipar y JAKOBS lo pone de manifiesto en aspectos de la vida práctica como sectores de la actividad policial encubierta, que son una importante herramienta para el combate a delincuencia de alto nivel desestabilizador como el tráfico de drogas y la falsificación de moneda¹³⁹⁵. Lo mismo sucede con el combate al terrorismo al interior de las propias organizaciones a través del agente encubierto y que implica un importante riesgo desde el punto de vista de la victimización del funcionario¹³⁹⁶.

2. *La esfera interna como límite del adelantamiento*

Hemos visto cómo el ámbito previo es un camino a través del cual el propio Estado transitará acelerando la barrera de protección; ese ámbito previo tan delicado y complejo en cuanto a su delimitación, puede ser complementado desde la perspectiva de la esfera interna del sujeto.

La esfera interna es aquella parte del sistema persona en la que al Estado le está vedada su entrada, incluso si el sujeto es un terrorista en el sentido del artículo 571. Aunque ello suene aventurado, consideramos que dicha afirmación puede ser sostenida con fundamentos válidos. Debemos partir de la idea que la maximización de un Estado policial vigilante implica el rompimiento con las condiciones mínimas de privacidad del sujeto que tarde o temprano repercutirán negativamente. La maximización del Estado no implica un efectivo combate al terrorismo, ni es una herramienta del Derecho penal del enemigo. Haciendo referencia a FOUCAULT, consideramos que la ciudad más grande y cosmopolita del mundo puede reducirse sistémicamente a una celda¹³⁹⁷.

La mente de los ciudadanos debe permanecer en la impunidad, si es que aspiramos a continuar desarrollarnos sanamente como sociedad en democracia. El ámbito interno ha sido definido como un espacio en el que ningún juez puede penetrar. JAKOBS le llama esfera civil interna y de su respeto depende la condición de ciudadano¹³⁹⁸. De esta manera, el Estado que busca inmiscuirse en dicha zona privada no puede ser considerado como Estado de Derecho. La cuestión se complica al tratar de establecer los límites a esa vida interna. La limitante tendrá que poseer no una frontera

¹³⁹⁵ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 294.

¹³⁹⁶ Vid. el capítulo II del presente trabajo de investigación.

¹³⁹⁷ “En este espacio cerrado, recortado, vigilado, en todos sus puntos, en el que los individuos están insertos en un lugar fijo, en el que los menores movimientos se hallan controlados, en el que todos los acontecimientos están registrados, en él un trabajo ininterrumpido de escritura une el centro y la periferia, en el que el poder se ejerce por entero, de acuerdo con una figura jerárquica continua, en el que cada individuo está constantemente localizado examinado y distribuido entre los vivos, los enfermos y los muertos-todo esto constituye un modelo compacto del dispositivo disciplinario”, en Michael FOUCAULT, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, 14ª reimpresión, Siglo XXI, Madrid, 2008, pág. 201.

¹³⁹⁸ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 297.

de tipo natural, sino mediada por la propia sociedad como la entidad encargada de fijar ese lindero¹³⁹⁹. Un ejemplo de este límite que se encuentra en discusión son los delitos de peligro abstracto¹⁴⁰⁰. La sociedad, por medio del sistema de expectativas, ha considerado válido y tolerable dicho adelantamiento. La doctrina ha elaborado un proceso de clasificación negativa frente a los delitos de peligro abstracto, donde estos son considerados de manera insuficiente como una clasificación residual frente a los delitos de lesión o peligro concreto¹⁴⁰¹.

La mente ni siquiera puede ser susceptible de cuestionamiento, ya que ello es única y exclusivamente parte de la esfera interna, incluso si en los pensamientos existen planes lesivos contra bienes jurídicos y la vigencia de la norma. Sólo podrá importar al Derecho lo que el sujeto lleve a cabo, sin que tenga relevancia lo que planeó, y que dichas acciones generen un peligro¹⁴⁰². En nuestro caso, carece de importancia y no se puede justificar el adelantamiento sobre las ideas de promover, constituir, organizar o dirigir, ni si quiera la peor y más sanguinaria de las organizaciones terroristas. Incluso podemos dar un paso más adelante; la expresión de esas ideas en un ámbito privado tampoco ha de justificar una heteroadministración y mucho menos, una de tipo anticipada. Si esto llegara a suceder, en un plano ideal, nos encontraríamos ante un esquema de Estado totalitario. Por ello, a pesar de que el artículo 571 es una norma de Derecho penal del enemigo con su típico adelantamiento, no sanciona la planeación mental o exteriorización verbal de estos orientados hacia las cuatro conductas que son sancionadas, porque ello precisamente implicaría un adelantamiento intolerable y además con un elevado nivel de dificultad probatoria.

El ámbito interno puede ser comunicado hacia el exterior pero ello no significa que por este hecho, deje de pertenecer al imperio de lo interno¹⁴⁰³. Por ello los delitos que sancionan la expresión de ideas como el de negación del Holocausto en Alemania y demás, son cuestionables respecto a su constitucionalidad, porque precisamente, invaden flagrantemente el fuero interno del sujeto y la libertad de pensamiento. La situación es muy diferente en los tipos penales que castigan el enaltecimiento del terrorismo y demás, cuestiones que por obvias razones no podemos entrar a explorar en estos durante esta investigación.

Para la problemática relativa a la punibilidad, el ámbito interno no sólo habrá de abarcar lo que ocurre al interior de los pensamientos del sujeto, sino al interior de toda su vida privada¹⁴⁰⁴. En pocas palabras, lo que ocurre al interior de la vida del sujeto deberá de permanecer lejano a la heteroadministración estatal y sólo en poder de su autoadministración. Incluso ello puede extenderse a conflictos con otros sujetos al compartir externamente aquello que es parte de su vida privada, sin embargo, debemos de ser muy cuidadosos en esta temática puesto que si hay concurrencia de esferas privadas, entonces se crea una convivencia de interés público¹⁴⁰⁵. Un ejemplo de ello puede darse en el ámbito de la esfera familiar, donde podría alegarse que “lo que sucede en casa se queda en casa”, pero en la vida social ello no es así. La razón se debe a que la

¹³⁹⁹ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 297.

¹⁴⁰⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 212.

¹⁴⁰¹ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Los delitos de peligro hipotético”, op. cit., pág. 827.

¹⁴⁰² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 212.

¹⁴⁰³ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 297.

¹⁴⁰⁴ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 298.

¹⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., págs. 297-298.

convivencia entre esferas privadas producen otro subsistema como lo puede ser la pareja, el matrimonio, la familia, o incluso la amistad, sin embargo, a pesar de ser ambientes donde tradicionalmente “lo privado” es lo que impera, también lo es que la convivencia no puede abandonarse a su propia suerte. Tan ello es así que en España existe una norma especializada para el combate a la violencia de género, donde se contempla un importante adelantamiento de la barrera de protección a favor de la mujer. Esta norma es un ejemplo muy interesante porque no solo heteroadministra al varón, sino que adelanta dicha heteroadministración constituyendo así una norma de Derecho penal del enemigo. Naturalmente que la esfera interna no quiere decir que se vea en colisión con otra debido a la convivencia con otros sujetos desde un punto de vista naturalísticos porque la esfera no se delimita a través de parámetros físicos, sino por medio de criterios de imputación¹⁴⁰⁶.

Así como existe ese ejemplo, también la exteriorización de la esfera interna tiene un límite fundamentado en la peligrosidad de dichos actos objetivamente apreciados. De esta manera JAKOBS opina que “(l)o que con sus efectos reside todavía en la esfera en la que un ciudadano puede legítimamente oponerse a controles públicos, desde la intimidad del cuerpo, hasta los contactos sociales reservados, no puede ser preparación punible, tentativa o, menos aun, consumación de un delito”¹⁴⁰⁷. Esto se refiere a que hasta aquí la propia sociedad limita la esfera de libertad del sujeto, a partir de esta frontera los comportamientos ya no son socialmente tolerables. Un ejemplo interesante lo pone JAKOBS sobre acuerdos previos delictivos entre amigos mismos que son sancionables invadiendo la esfera interna generando una disminución en sus calidades de ciudadano en aras de la protección de bienes jurídicos¹⁴⁰⁸.

Pasando a una temática mucho más concreta y continuando sobre la misma línea argumentativa, la norma no permite la conformación de organizaciones terroristas. JAKOBS lo pone como una interrogante y naturalmente responde que no, ello porque formar bandas excede de la esfera privada del sujeto¹⁴⁰⁹.

Este exceso en la esfera de libertad le hace generar una injerencia en otras esferas de organización, de tal manera que desde una perspectiva conjunta, existe un fenómeno que consiste en que tanto el Estado, si se excede, invade la esfera de intimidad del ciudadano, pero si este a su vez se excede, invade la de otro semejante, por lo que tanto el Estado como el ciudadano deberán de actuar de manera responsable y racional al momento de ejercitar su libertad. En todo Estado democrático tendrá que existir un equilibrio de dichas libertades como condiciones necesarias para la convivencia y funcionamiento de todo el sistema. Una manera, que ya ha sido tratada anteriormente a lo largo de todo este trabajo, y que sirve como guía del comportamiento externo del sujeto, es la esfera del rol, el rol y su indicador como garantía, permite al sujeto saber que si se mantiene dentro de lo que racional y lógicamente esperable no habrá razón alguna para ser heteroadministrado. Naturalmente que las conductas señaladas en el artículo 571 se encuentran absolutamente fuera de la esfera privada del sujeto y también son ajenas al ejercicio del rol como ciudadano, por ello su punibilidad es legítima. En el delito, lo interno sólo es viable como objeto de análisis a la luz de lo manifestado externamente, lo cual implica ya una desestabilización, ello si deseamos

¹⁴⁰⁶ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 306.

¹⁴⁰⁷ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 298.

¹⁴⁰⁸ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 298.

¹⁴⁰⁹ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 299.

vivir en un Estado democrático y de libertades, o en otras palabras, para poder analizar lo interno debe existir lo externo como condición¹⁴¹⁰.

El ámbito de lo interno y la intervención anticipada del Estado, bajo el tema de la organización terrorista puede ser estudiado de conformidad a la regla desarrollada por el funcionalismo *jakobsiano* sobre de la invasión a esferas de administración ajena. En este sentido, el ciudadano será sancionado sólo si su comportamiento es perturbador y por ende lleva a cabo una injerencia en las esferas de administración ajena¹⁴¹¹. Si pensamos en una reunión de amigos que conversan sobre la conformación de una organización terrorista, ello no es punible por que no representa ningún tipo de perturbación para la sociedad, ni para una esfera de administración ajena. Para que este sencillo ejemplo pudiera ser punible, se requeriría de un tipo penal que sancionara al que converse, mencione, comente, platique, sugiera o considere la creación de una organización terrorista, situación que no sería otra cosa que retroceder a la historia antidemocrática del país. Lo interno ha de quedar a salvo aún y cuando transite muy cerca de la frontera de lo punible exteriormente¹⁴¹². Sólo le es imputable al sujeto el pensamiento que se materializa exterior y corporalmente¹⁴¹³.

En materia de combate a las organizaciones terroristas, toda la argumentación llevada a cabo anteriormente sobre la limitación entre lo interno y lo externo, no siempre ha sido respetado y bajo ese esquema violentador del principio del hecho y del fuero interno, se ha señalado falsamente que dicho proceder es empleado por el Derecho penal del enemigo. Incluso se sugiere sutil, pero desproporcionadamente que ciertas tendencias legislativas modernas optan por la militarización de las sanciones y medidas de seguridad, como si estas fuesen parte del universo del Derecho penal del enemigo¹⁴¹⁴. Los embates no se hacen esperar y se confunden cuestiones esenciales que constan en la conferencia de 1985 donde JAKOBS explica detenidamente en qué consiste el adelantamiento de la punibilidad y su relación con el fuero interno.

La disertación anterior es la semilla germinal del moderno Derecho penal del enemigo. Así lo señala PORTILLA CONTRERAS, al afirmar la existencia a partir de los años 80 de un Derecho contra los enemigos del Estado, encarnada en el combate a la delincuencia organizada de tráfico de drogas, terrorismo y contra el inmigrante, sancionando a este último por cuestiones tales como las condiciones de vida, relaciones

¹⁴¹⁰ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 302.

¹⁴¹¹ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 303.

¹⁴¹² El siguiente ejemplo es clarificador “Si el autor sirve a la víctima comida envenenada, esto es también una conducta externa necesitada de interpretación aunque nada sospechoso se pudiera notar al efectuar una prueba de la comida; pues esta está realmente envenenada y este dato ha de tomarse como punto de partida. Pero si la comida esta solamente salada porque el autor ha tomado sal por arsénico, la exteriorización del autor se mantiene dentro del marco de los errores que también cometen inocentes cocineros y entonces se puede dilucidar si el autor está capacitado para cocinar (en ese sentido su conducta está necesitada de una interpretación), pero no si pretendía matar. Y a este respecto es irrelevante si el autor antes de la exteriorización, en su ámbito privado, ha realizado manipulaciones de las que se desprende un dolo en dirección a hechos antijurídicos, pues la conducta realizada en el ámbito privado no puede ser legítimamente investigada”, en Günther, JAKOBS, “Criminalización”, op. cit., pág. 304.

¹⁴¹³ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 306.

¹⁴¹⁴ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 140.

personales y características meramente subjetivas¹⁴¹⁵. Tal vez en aquellos años dichas normas contenían tales aberraciones jurídicas, eso no lo criticamos. JAKOBS no ha tratado de legitimar tales excesos y por ello consideramos desafortunado equiparar un tema de los años 80 con el moderno Derecho penal del enemigo en un libro publicado en 2007, habiendo transcurrido un tiempo suficiente de aclaración y depuración de las categorías, situación que nos parece engañosa y ajena a un serio debate científico.

Gran parte de la doctrina prefiere referirse a un Derecho penal de “enemigos” como un sinónimo del Derecho penal del enemigo. Veamos en qué consiste este debate. Sin entrar a fondo sobre la historia de esta cuestión, labor que nos resulta inabarcable en este momento, sí nos hemos percatado durante la elaboración de este trabajo, que gran parte de la literatura asocia la persecución política al margen de la ley con el Derecho penal de enemigos. Ello se aleja notablemente de la concepción legal y constitucional del Derecho penal de especial aseguramiento, misma que se encuentra en el seno del moderno funcionalismo encabezado por JAKOBS y otros juristas alrededor del mundo.

El Derecho penal de enemigos se aleja de manera importante del normativismo y escapa de la discusión neutralmente valorativamente hablando para insertarse en un discurso vacío e ideologizante. Así, por ejemplo se utiliza como modelo la legislación antiterrorista de los EE.UU a partir del 11-S¹⁴¹⁶. Nunca se trata el contenido funcional de las categorías ni de la separación entre lo interno y lo externo, ni mucho menos del concepto de seguridad cognitiva. No obstante, sí se afirman situaciones como la siguiente: “(l)a ley consagra un poder absoluto del Estado, más específicamente, del Presidente en su lucha contra la inmigración y la disidencia política sin respetar las garantías penales y procesales”¹⁴¹⁷. Incluso se ha llegado a vincular al Derecho penal del enemigo con los fundamentos jurídicos de Guantánamo, institución que niega simplemente toda condición al ser humano (no a la persona en sentido funcionalista) y que es el absurdo de la modernidad, donde el Derecho penal de autor se aplica al puro estilo de los nazis en un país que supuestamente legitima sus acciones militares ante el mundo como el defensor de la libertad. Los internos son tratados como criminales de guerra negándoles el amparo que ofrecen los Convenios de Ginebra¹⁴¹⁸. De esta forma se autorizan de facto los tratos crueles e inhumanos. Ejemplos de que esta política ilegal no es nueva pueden ser encontrados en los estudios de TORÍO LÓPEZ sobre el caso de Irlanda contra Reino Unido ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el que recayó Sentencia en el año de 1978 donde se enuncian distintas clases de violaciones a Derechos humanos a través de las llamadas cinco técnicas¹⁴¹⁹. Siguiendo con el ejemplo de Guantánamo, la gran mayoría de los internos ni siquiera conoce las razones que motivaron su detención¹⁴²⁰ y se les tiene negado el acceso a abogados¹⁴²¹.

¹⁴¹⁵ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre*, op. cit., pág. 147-148. Sobre la inmigración clandestina como forma de estrategia terrorista, *Vid.* Gustavo M DE ARÍSTEGUI Y SAN ROMÁN, “El nuevo terrorismo y las nuevas amenazas en las relaciones Europa-Magreb: la inmigración como arma del Yihadismo”, en Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ / Jesús VERDÚ BAEZA (dir.) / Juan Domingo TORREJÓN RODRÍGUEZ (coord.), *España y Marruecos en el centenario de la conferencia de Algeciras*, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 12-17.

¹⁴¹⁶ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre*, op. cit., pág. 178.

¹⁴¹⁷ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre*, op. cit., pág. 179.

¹⁴¹⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 208. Bajo la administración de George W. Bush se determinó que los Convenios de Ginebra no son aplicables a los miembros de Al Qaeda, en Frederick H GAREAU, *State Terrorism*, op. cit., pág. 197.

¹⁴¹⁹ *Vid.* TORÍO LÓPEZ, Ángel, “La prohibición constitucional de las penas”, op. cit., págs. 118-119.

¹⁴²⁰ DUFFY, Helen, *The “war on terror”*, op. cit., pág. 384.

Las convenciones internacionales carecen de aplicación bajo argumentos como la irregularidad en el estatus de combatiente y de esta manera buscan dar legitimidad a la tortura y la degradación¹⁴²². Este proceder del gobierno, sobre los combatientes irregulares y el combate a los enemigos, ha sido impugnado y puesto ante la vista de los tribunales correspondientes, sin que haya pronunciamiento alguno sobre las detenciones indefinidas¹⁴²³.

El combate al terrorismo desde el prisma de la estrategia yanqui, no tiene relación con el sistema funcionalista en lo que respecta a aquello que produce inseguridad cognitiva y la división entre lo que se encuentra dentro de la esfera de dominio interno del sujeto y lo que excede a esta. Conforme a la *Patriot act* no se establece definición alguna sobre el concepto de enemigo terrorista¹⁴²⁴. De esta manera el límite entre lo interno y lo externo para considerar a una persona como enemigo no existe. En el instrumento se crea una categoría de terrorismo a nivel local o doméstico que permite la represión de manifestaciones anti globalización así como la detención por cualquier mínima sospecha de vinculación terrorista¹⁴²⁵.

La doctrina del Derecho penal del enemigo es completamente crítica del Derecho penal de autor y ello se constata en la separación entre aquello que es interno, inasequible para el Estado, y lo externo perturbador cognitivamente hablando, que ha de ser heteroadministrado. JAKOBS afirma con acierto que, si no es escindido lo interno de lo externo, se castiga al sujeto y no al hecho, se sancionan autores peligrosos, no hechos peligrosos¹⁴²⁶. Conformar una organización terrorista es un hecho altamente peligroso. En ese sentido, parte de la doctrina crítica reconoce que las modernas legislaciones se han visto en la imperiosa necesidad de generar normas de Derecho penal del enemigo ante la amenaza que representan las organizaciones criminales¹⁴²⁷.

Continuando con nuestra exploración del adelantamiento y su limitación rigurosa en las puertas del fuero interno, DURÁN MIGLIARDI critica equivocadamente la conferencia de JAKOBS sobre la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico y afirma lo siguiente: “(...)razón que explicaría, además, la existencia de un cada vez más creciente adelantamiento del combate a todo signo de peligro para los bienes jurídicos, por temprano que este aparezca, incluso en la esfera interna-privada del sujeto”¹⁴²⁸. Esta afirmación simplemente demuestra que la falta de atención y

¹⁴²¹ GAREAU, Frederick H., *State Terrorism*, op. cit., pág. 197.

¹⁴²² SASSI, Nizar, *Guantánamo. Prisionero 325, campo Delta*, traducción de Carlos JANÍN, EDAF, Madrid- México- Buenos Aires- San Juan- Santiago, 2006, págs. 93-94.

¹⁴²³ SASSI, Nizar, *Guantánamo*, op. cit., págs.182-184.

¹⁴²⁴ VERVAELE, John A E., “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?”, en Nicolás García Rivas / Cristina Rodríguez Yagüe (coord.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 194.

¹⁴²⁵ PISARELLO, Gerardo / DE CABO, Antonio, “La larga sombra de Sacco y Vanzetti (excepción extranjera, terrorismo)”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 44, Madrid, 2002, pág. 15.

¹⁴²⁶ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 311.

¹⁴²⁷ ABOSO, Gustavo Eduardo, “El llamado “Derecho penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 56.

¹⁴²⁸ DURÁN MIGLIARDI, Mario, “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 731.

disposición para comprender a un jurista se puede presentar a cualquier nivel doctrinario. En la exposición de JAKOBS, como se ha demostrado en el presente capítulo, se insiste enérgicamente sobre la diferenciación entre lo interno y lo externo como parte de los fundamentos al adelantamiento de la barrera de protección penal. Incluso se ha considerado que el Derecho penal del enemigo, y por ende el adelantamiento de la barrera, representa un Derecho penal de autor diferente al que se había conocido hasta ahora¹⁴²⁹. El autor no aporta mayor argumentación. Hablar de una nueva concepción del Derecho penal de autor implica, necesariamente, una fundamentación puntual y clara ante un nuevo paradigma que se vislumbra en el horizonte de la ciencia penal. El adelantamiento al sancionar hechos anticipadamente se opone a un Derecho penal de autor antiguo o novedoso.

Para explorar el Derecho penal del enemigo en la zona limítrofe con la esfera interna, no debemos olvidar que el modelo no gira en torno a la lesión de bienes jurídicos, sino a la defraudación de expectativas y lesión en la seguridad cognitiva. La nueva consideración representa un cambio de paradigma para la teoría del delito donde la defraudación no implica la lesión de un bien jurídico en el sentido tradicional¹⁴³⁰. Este cambio en la visión del delito ya es inevitable en el moderno sistema de expansión del Derecho penal que, nos guste o no, es una realidad que la ciencia penal debe atender. Fenómenos como la conformación de organizaciones terroristas son punibles con justificación, a través de este nuevo prisma con el que se observa el Derecho penal¹⁴³¹.

Olvidan en todo caso estas posiciones que la configuración dogmática del bien jurídico como concepto normativo le aleja por completo de concepciones -tradicionales o no tradicionales- de índole naturalística o de corte fenomenológico, que son por completo ajenas al Derecho penal y desconocen la comprensión del bien jurídico como categoría funcional-social que posee una naturaleza consubstancialmente normativa, en la que tienen cabida los valores que son reputados democráticamente por la voluntad popular más relevantes en la convivencia social hasta el punto de exigir protección punitiva: así, por ejemplo, la vida o la propiedad en el sentido jurídico de titularidad disponible sobre la vida o derechos reales, aquellas expectativas sociales y sentimientos colectivos que son normativamente valorados como dignos de protección jurídico-penal, o la propia seguridad cognitiva entendida como autónomo bien jurídico en sentido estricto en tanto autónoma categoría de valor social que es merecedora de protección penal frente a concretas manifestaciones de conducta gravemente desestabilizadoras de la misma.

Parte de la crítica se enfrasca en argumentos repetitivos y generalmente lejanos a lo que realmente implican el adelantamiento de la barrera de punibilidad, y suele

¹⁴²⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 818. El mismo autor propone que el Derecho penal del enemigo sea denominado como derecho penal de organizaciones criminales para eliminar las dificultades conceptuales que acarrea el modelo, en Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, op. cit., págs. 832-839.

¹⁴³⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 943.

¹⁴³¹ GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, op. cit., pág. 943.

considerar que no se trata de un adelantamiento, sino de un exagerado adelantamiento de la barrera¹⁴³². Ello se debe a que se sigue partiendo de la concepción estricta de la lesión al bien jurídico, pero desde la óptica de la seguridad cognitiva, el adelantamiento no es, para nada, exagerado. El Derecho penal del enemigo se maneja bajo el código *aceleración/no aceleración* referido, naturalmente, a la barrera de protección. La aceleración no admite graduación porque simplemente o se castiga el hecho anterior pero que ya implica desestabilización, por ejemplo la conformación de la organización terrorista, o se sanciona el resultado del atentado a través de dicha conformación que lesiona bienes jurídicos además de la seguridad cognitiva (vigencia de la norma). Si la barrera se adelanta más, ya no se trabaja dentro de los márgenes del Derecho penal del enemigo, sino de Derecho penal de autor que forma parte de operaciones antidemocráticas, donde el modelo de anticipación penal que aquí se defiende no tiene cabida.

Bajo este orden de ideas, desde una perspectiva cuantitativa, el adelantamiento defiende directamente la seguridad cognitiva e indirectamente otros bienes jurídicos en sentido tradicional. Este binomio ha sido aceptado por la doctrina española más moderna¹⁴³³. Dicho binomio, tampoco implica, justifica ni explora siquiera, la posibilidad que el adelantamiento sea tal que busque penetrar en el fuero interno, además que la seguridad cognitiva y la lesión a bienes jurídicos en el contexto del combate al terrorismo, sólo puede llevarse a cabo mediante la exteriorización de la voluntad y que dichos actos sean efectivamente desestabilizadores. Ello implica objetivamente la autoexclusión potestativa del sujeto y, naturalmente, la comprobación absoluta del status de enemigo, límites que distan mucho de permitir un adelantamiento injustificado e irracional que invada la esfera íntima del sujeto.

3. *Adelantamiento como sistema de comunicación estabilizador frente al terrorismo organizado*

Aparentemente en la actualidad el debate y la investigación científica tienen problemas con la utilización honesta del lenguaje al momento de explorar cierto objeto de estudio. La mayoría de la doctrina considera que el Derecho penal del enemigo es “lo peor” que le ha ocurrido a la ciencia penal y lo vincula directamente con el Derecho penal de autor. Este último es la negación misma del Derecho y la demostración del autoritarismo que se ha presentado en algunos de los capítulos más oscuros de la humanidad.

La crítica no quiere que se combata a los fenómenos que tienen en jaque a las democracias. Este fenómeno tal vez en Europa no sea tan evidente, pero en América Latina, incluso en países más adelantados como México, la situación es bastante complicada, por no mencionar al resto del continente que tiene problemas de la misma naturaleza. Para muestra basta recordar los argumentos conforme a los que el modelo de Derecho penal del enemigo es tachado de antidemocrático y que abre la puerta a todo tipo de abusos sin limitantes a la punibilidad¹⁴³⁴. La doctrina que defiende la

¹⁴³² GOMES, Luis Flavio / BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal”, traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 966.

¹⁴³³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Fundamentos dogmáticos*, op. cit., pág. 213.

¹⁴³⁴ GOMES, Luis Flavio / BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 967.

construcción de JAKOBS se ha esforzado al máximo en desmitificar toda la neblina que rodea la construcción político criminal del sistema. No obstante, pareciera como si dichos argumentos no tuvieran eco. La crítica no los rebate ni propone medios alternativos para solucionar el problema del injusto terrorista. Cuando lo hace muchos de sus planteamientos rayan en lo utópico alejándose de un contexto de aplicación real y efectiva.

En este trabajo, a pesar de coincidir con parte de la doctrina minoritaria, hemos optado por un planteamiento serio, sin tapujos y por llamar a las cosas por su nombre. El Derecho penal del enemigo es, como se ha afirmado, un Derecho de combate en contra de focos de peligro que son especialmente desestabilizadores. Es cierto que el modelo debe de limitarse. También lo es que debe de aplicarse de forma absolutamente excepcional. No obstante hay que reconocer que cuando su mecanismo entra en función lo hará a plenitud. Si ello incomoda a las esferas más puras del garantismo entonces deben proponer otro modelo realista que ayude a resolver la problemática.

Si volvemos la mirada al paradigma bélico del siglo pasado, veremos que las conflagraciones se presentaban entre “potencias” en terminología de los Convenios de Ginebra. En la actualidad el problema se encuentra al interior de los Estados, donde estos tendrán que lidiar en contra de organizaciones de tipo criminal, que van desde terroristas hasta traficantes de arte, siendo estas poderosas y profundamente peligrosas, no sólo para la sociedad, sino para la existencia misma del Estado. Estos breves argumentos no los consideramos como falaces o repletos de emotividad, sino que simplemente persiguen dejar en claro el contexto en el que se presentan los conflictos entre el sistema Estado y el sistema de injusto, en otras palabras, sólo buscamos describir la realidad¹⁴³⁵.

Bajo este esquema descriptivo, nos centraremos ahora en el mecanismo más característico, y también uno de los más polémicos, del Derecho penal del enemigo que es el adelantamiento de la barrera de punibilidad, pero examinándolo *como una herramienta de combate especializado contra la delincuencia organizada terrorista desde una perspectiva práctica*.

El combate, como concepto, no suele ser muy aceptado por la doctrina jurídica por lo provocativo que ciertamente puede llegar a ser. Uno de los significados de la palabra quiere decir “contradicción”¹⁴³⁶, terminología que nos parece apropiada para el contexto comunicativo y sistémico que se propugna en el presente trabajo de investigación. Al combatir el Estado comunica.

En este orden de ideas, la contradicción a la infracción penal desestabilizadora que se lleva a cabo por medio de la conformación de la organización terrorista deberá de ser repelido a través de la pena y con todas las consecuencias de aseguramiento normativo que trae aparejada. Estas situaciones ya existen desde hace muchos años, y la

¹⁴³⁵ “Es, además, un Derecho penal prospectivo, en lugar de retrospectivo. El Derecho penal de la culpabilidad es retrospectivo, castiga al sujeto por la exteriorización de un hecho delictivo. La adopción de un Derecho penal prospectivo que castiga al sujeto por el peligro que representa para el futuro constituye, históricamente, una mera reminiscencia del positivismo criminológico de LOMBROSO, FERRI y GARÓFALO, que propugnaban-inclusive- como fin de las penas y la imposición de medidas de seguridad”, en Luis Flavio GOMES / Alice BIANCHINI, “Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 967.

¹⁴³⁶ *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 596.

construcción del Derecho penal del enemigo sólo busca ordenar y limitar el sistema, a pesar de que para muchos implique la destrucción potencial del Estado¹⁴³⁷.

El Derecho penal del enemigo a través del adelantamiento de la barrera de punición se configura, desde un punto de vista normativo, como un mecanismo de ataque en contra de la organización terrorista. Reconocer ello no quiere decir que, como lo quiere hacer parecer parte de la doctrina, nos encontremos ante un Derecho de guerra donde se confunden categorías como enemigo en sentido funcionalista y combatiente enemigo en sentido bélico, figura que pertenecen al Derecho Internacional Humanitario. *El combate no es monopolio de la guerra* entendida en el sentido de los Convenios de Ginebra. Cuando el legislador ha decidido establecer un tipo penal de criminalización anticipada, ello refleja que lo protegido por el Derecho es de tal valor que el Estado se ve obligado a actuar antes que la organización terrorista. ¿Ello quiere decir que nos encontramos ante un estado de necesidad o ante una legítima defensa? Somos de la idea que es posible encontrar semejanzas entre dichas instituciones que pertenecen a la parte general a la moderna concepción del adelantamiento de la barrera de protección. ¿Dicho adelantamiento lo es como tal, o más bien quiere decir, adelantamiento del ataque?

La primera cuestión ha sido explorada por PALERMO, quien considera que existen puntos de conexión entre el Derecho penal del enemigo y la legítima defensa¹⁴³⁸. Podrá ser un tema que de lugar a un debate de enormes proporciones, pero en materia de adelantamiento existen algunos elementos que resultan interesantes. En la legítima defensa sólo se requiere de un inicio inminente de la agresión para que sea lícito defenderse¹⁴³⁹. En el Derecho penal del enemigo, basta con que se lesione la seguridad cognitiva para que el mecanismo pueda ser activado. Sin embargo, antes de llegar a este punto existe un universo fundamentador que debemos revisar por lo menos superficialmente. Por razones más que evidentes, no nos detendremos en el análisis de la legítima defensa desde sus inicios ni bajo la óptica meramente tradicional, sino que la abordaremos desde la perspectiva normativista y en su justa vinculación con el Derecho penal del enemigo.

La legítima defensa es interesante porque es una forma autocompositiva de uno de los conflictos más dramáticos que pueden presentarse dentro del universo del Derecho penal. En el caso del adelantamiento de las barreras para el combate de focos especialmente desestabilizadores, naturalmente esto no puede ser así. Al ciudadano no se le puede delegar la posibilidad de ejecutar, de propia mano, uno de los vectores del Derecho penal del enemigo. Sólo el Estado se encuentra jurídica y materialmente capacitado para llevar a cabo la anticipación punitiva. En cambio, la legítima defensa pertenece a todos los ciudadanos. En este último caso hay un rompimiento sobre la expectativa de no ser agredido que posee el ciudadano que súbitamente se ve obligado a adaptarse a un ambiente de conflicto y entonces defenderse¹⁴⁴⁰. Esta expectativa se

¹⁴³⁷ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 1002.

¹⁴³⁸ PALERMO, Omar, “Legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, op. cit., pág. 437.

¹⁴³⁹ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 439.

¹⁴⁴⁰ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 32.

encuentra presente en toda la vida social. Desde nuestra perspectiva, tanto la legítima defensa como el adelantamiento de la barrera de protección se caracterizan por girar en torno a una perturbación, es decir, a una agresión ante la cual se habrá de responder con un mecanismo comunicativo. Por ello aparentemente es correcto llamar al adelantamiento como *adelantamiento de la barrera comunicativa*. No obstante, el planteamiento es un espejismo debido a que la comunicación ya se ha adelantado mucho antes. Desde el momento en el que se establece la norma como válida y derivada de las expectativas sociales hay comunicación con los ciudadanos. Aplicando esta idea al delito de organización terrorista, la comunicación se traduce a partir de que la norma es positivizada y promulgada para todos. La comunicación es anterior al delito, bajo este esquema, la comunicación sí es adelantamiento del adelantamiento pero en un contexto legítimo.

La agresión implica perturbación del orden jurídico¹⁴⁴¹. Como tal no puede permanecer, así y nada más, sino que debe de ser combatida. La respuesta del Derecho habrá de servir como antídoto en contra de la contaminación desestabilizadora generada por la agresión antijurídica. La legítima defensa es una respuesta ante la defraudación de expectativas de conducta¹⁴⁴². Ello también puede aplicarse al adelantamiento en el sentido del Derecho penal del enemigo, además porque la acción dolosa, por ejemplo, en el caso de la conformación de organización criminal es una expresión de sentido que era evitable. Con el ataque no sólo se afecta un bien jurídico determinado, sino que también existe una afectación en la libertad que sufre el agredido¹⁴⁴³.

“La agresión presupone la lesión, que amenaza producirse, de bienes jurídicamente protegidos”¹⁴⁴⁴. Nos encontramos en un momento anterior, pero muy cercano a la lesión del bien jurídico. El Estado cumple una importante función de defensa de los ciudadanos y de la seguridad cognitiva en la vigencia de la norma. Sin embargo, en materia de legítima defensa existe una interesante discusión sobre la defensa de bienes como el orden público. Para JAKOBS, el orden público no es susceptible de legítima defensa¹⁴⁴⁵. Sin embargo, en la seguridad cognitiva sí se encuentra justificada la defensa mediante el adelantamiento de la barrera de protección.

La legítima defensa no ha de ser considerada como una pena¹⁴⁴⁶. Sin embargo, la legítima defensa pone de manifiesto el respeto a la expectativa de los ciudadanos de no ser agredidos por nadie¹⁴⁴⁷. Entonces, ¿cuál es la diferencia? desde nuestro punto de vista, si se aborda el tema desde una perspectiva comunicativa, se deberá afirmar que en realidad no existe diferencia comunicativa cuando se protege la vigencia de la norma a través de la pena (adelantada o no) y la legítima defensa, porque el mensaje que se busca transmitir a la sociedad es el mismo. La legítima defensa debe de entenderse no como un suceso individual, sino como fenómeno que repercute en lo social¹⁴⁴⁸ y que como tal se encuentra rodeado de un importante entramado normativo de derechos y deberes que son los elementos configuradores de la sociedad. Bajo este esquema hay

¹⁴⁴¹ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., págs. 158-159.

¹⁴⁴² PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 171.

¹⁴⁴³ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 196.

¹⁴⁴⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 458.

¹⁴⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 461.

¹⁴⁴⁶ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 174.

¹⁴⁴⁷ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 210.

¹⁴⁴⁸ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 210.

que observar que el sujeto se encuentra vinculado por medio de la comunicación normativa con otros semejantes¹⁴⁴⁹.

Será la propia norma la que defina las categorías de agresor y agredido sin la cual este conflicto no será más que un mero suceso de la naturaleza y sólo a través de un ambiente normativo y de comunicación social podrá encausarse la legítima defensa¹⁴⁵⁰. El ambiente normativo conduce a tener presente que la categoría de persona en el sentido funcionalista es el eje del sistema normativo partiendo de la exigencia de los deberes negativos como el de no dañar al otro, o en terminología de JAKOBS, simplemente, siendo persona en Derecho no invadiendo esferas de organización ajenas¹⁴⁵¹. La cuestión anterior tiene una directa relación con la legítima defensa y con el adelantamiento de la punibilidad para las organizaciones terroristas porque en ambos casos los sujetos, el agresor y el conformador de la organización, dejan de comportarse como personas en Derecho y ello, en estos casos especiales, fundamenta el adelantamiento de la respuesta punitiva del Estado. Incluso en el caso del terrorismo va más allá, porque se comporta como enemigo, que es el grado máximo de oposición a la norma.

En la legítima defensa y en el adelantamiento de la barrera existen situaciones bajo las cuales se puede establecer un paralelismo como en el siguiente ejemplo: “ Si el comportamiento imprudente ponía en peligro la integridad física de las personas que se encontraban junto al infractor de la norma de cuidado y la reacción defensiva aparecía como el medio menos lesivo para evitar el resultado dañoso, no hay ninguna razón para andar con miramientos con quien no se ha preocupado por las graves consecuencias que puede generar su comportamiento para terceros”¹⁴⁵². En este caso de legítima defensa queda autorizada una anticipación para la protección de la integridad de los sujetos que puedan resultar lesionados.

Tanto la defensa como el adelantamiento de la barrera de protección son reacciones que tampoco pertenecen al mundo natural, sino que son comunicaciones, expresiones de sentido que bien vale la pena explorar someramente. La legítima defensa abordada desde un punto de vista normativista habrá de comprender dos aspectos; el material que se refiere a la puesta en peligro de bienes jurídicos y el formal como expresión de sentido equivocado por parte del ofensor¹⁴⁵³ que en este caso implica una comunicación defectuosa imputable al sujeto¹⁴⁵⁴. La agresión debe de ser considerada como una contradicción¹⁴⁵⁵. De esta manera nos adentramos en la defensa como una entidad que tiene un mensaje que va no sólo dirigido para el agresor, sino para todo el sistema de expectativas. Esta postura rompe frontalmente con la consideración de GEYER sobre la defensa como un mal que se enfrenta a otro mal, como una cuestión retributiva análoga a la pena¹⁴⁵⁶. Ello no significa que la defensa y la anticipación no tengan en común el mensaje comunicativo. Bajo este esquema, el adelantamiento puede ser considerado como un mecanismo de comunicación estabilizador pero que también

¹⁴⁴⁹ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., págs. 210-211.

¹⁴⁵⁰ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 214.

¹⁴⁵¹ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 215-217.

¹⁴⁵² PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 220-221.

¹⁴⁵³ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 306.

¹⁴⁵⁴ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 18.

¹⁴⁵⁵ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 306.

¹⁴⁵⁶ LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 25.

puede ser extendido a la legítima defensa, es decir, tanto el adelantamiento de la barrera de protección como la legítima defensa son sistemas de comunicación cuya función es estabilizar el desorden normativo imputable a los agresores.

La legítima defensa tampoco puede ser analizada bajo el prisma de la venganza como una penitencia dirigida al sujeto, sino que debe de ser entendida como una marginación del significado del hecho ejecutado por el autor¹⁴⁵⁷. En este sentido PALERMO establece los siguientes puntos en relación a la comunicación y la legítima defensa:

a) La defensa ha de importar una contraafirmación de la actitud agresiva del ofensor y además bajo el entendido que la agresión es una negación de la personalidad del pasivo, entonces la defensa es una negación de su negación que ha emanado de la agresión por parte del activo¹⁴⁵⁸.

b) La ofensa ejecutada implica una negación del sujeto como persona y la propia pérdida de esa categoría. La defensa posiciona en el mismo nivel de consideración al sujeto al tratarlo como persona y de esta manera se desautoriza la negación de la personalidad propiamente llevada a cabo por el mismo agresor. No obstante, dicha situación no debe confundirse a tal grado que todo aquel que lleve a cabo una agresión sea considerado como no-persona y por ende como enemigo. “La legítima defensa no se justifica frente al agresor porque no sea una persona, sino porque, precisamente, considerándolo en serio como persona, se lo hace responsable de las consecuencias lesivas de su comportamiento”¹⁴⁵⁹.

c) La legítima defensa tiene una cualidad transformadora del ruido que proviene de la agresión, a un sentido comunicativo a través de la respuesta que se materializa. De esta manera se traslada al agresor del ambiente de la naturaleza al de la sociedad nuevamente¹⁴⁶⁰.

Como lo podemos observar, hay un importantísimo sentido comunicativo en la relación que existe entre ofensor y ofendido bajo la moderna concepción normativa de la sociedad. El fenómeno comparte semejanzas con el sentido comunicativo de la pena al momento de su anticipación.

El adelantamiento es una respuesta agresiva comunicativamente hablando, igual que la legítima defensa. Esto abre la puerta al cambio de paradigma de la lesión individual del bien jurídico para trasladarlo al de la perspectiva social general¹⁴⁶¹. Tanto en la legítima defensa como en el delito de organización, la sociedad también forma parte comunicativamente en este conflicto. Se abre una brecha en la distancia entre la lesión al bien jurídico individual y la pena para dar cabida a la protección de un bien jurídico de tipo colectivo¹⁴⁶². En este caso (el de la organización terrorista que se sanciona en su conformación) además de ese bien jurídico colectivo (orden público), se

¹⁴⁵⁷ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 307.

¹⁴⁵⁸ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., págs. 307-308.

¹⁴⁵⁹ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., págs. 308-309.

¹⁴⁶⁰ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., págs. 309-311.

¹⁴⁶¹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos obstáculo. Un estudio sobre los límites de legitimidad de la anticipación punitiva”, en Luis Miguel REYNA ALFARO (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 163.

¹⁴⁶² POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos obstáculo”, op. cit., pág. 163.

protege la vigencia de la norma. Además de estos objetos de protección no hay impedimento alguno para que se puedan proteger bienes de naturaleza individual, fruto de la propia anticipación. Así lo considera POLAINO-ORTS al afirmar que la esencia de la anticipación va orientada en dos sentidos, uno relativo a la protección del bien individual cuando el riesgo aún se está gestando y el otro que se refiere a que mediante el adelantamiento se fortalece la confianza, la seguridad cognitiva, de los ciudadanos en la norma¹⁴⁶³.

El sentido comunicativo del adelantamiento tiene una finalidad contrafáctica que lo posiciona como mecanismo de seguridad para el sistema de expectativas. Otra cuestión de interés es la afirmación que hace CANCIO MELIÁ sobre la relación que existe entre el control de la violencia y el terrorismo como un cuestionamiento a la exclusividad del ejercicio estatal de la misma¹⁴⁶⁴. Desde nuestra perspectiva ello tiene una relevancia comunicativa interesante ya que la anticipación es la confirmación máxima del monopolio de la violencia por parte del Estado. De esta manera se busca que las esferas de organización de los ciudadanos se mantengan como tales y no muten en esferas de organización enemigas, porque de esta manera al asociarse para la conformación de la banda ya hay objetivación de la violencia, situación que por medio del adelantamiento no se tolera en absoluto.

JAKOBS señala la existencia de una “legítima defensa del Estado y prevalencia de la defensa estatalmente organizada; se trata del aseguramiento del Derecho estatal al monopolio para garantizar el orden público por medio de la violencia”¹⁴⁶⁵. Sin embargo, JAKOBS atribuye los supuestos de legítima defensa cuando interviene el Estado a la actuación de los cuerpos policiales¹⁴⁶⁶. Incluso considera a las anticipaciones como favorecedoras para la actuación efectiva de los cuerpos policiales¹⁴⁶⁷. Esta cuestión ha sido muy discutida por la injerencia del Derecho de policía en la esfera que pertenece al Derecho penal. Para efectos del tema en el que nos encontramos atendiendo hemos de considerar que cuando la policía entra en acción, ya hay una repulsión estatal en contra de la agresión¹⁴⁶⁸.

PALERMO se cuestiona de la siguiente manera: “Si la privación de medios de interacción del agresor que el agredido lleva a cabo no tiene el mismo sentido que la pena pública, ¿de qué manera se lleva a cabo dicho restablecimiento?”¹⁴⁶⁹. Ya hemos afirmado anteriormente que desde nuestro punto de vista, comunicativamente hablando, la legítima defensa y el adelantamiento tienen el mismo efecto. Además de ello, también la legítima defensa tiene implicaciones de adelantamiento en relación directa con la falta de comportamiento adecuado a la norma realizado por el agresor; la defensa materializa el deber de no lesión que es competencia del agresor y este último se sitúa como garante de detener el efecto lesivo de su conducta¹⁴⁷⁰.

Hemos visto a lo largo de este apartado que desde el punto de vista comunicativo existe un interesante paralelismo entre la legítima defensa y el adelantamiento de la barrera de protección como una comunicación estabilizadora. Sin

¹⁴⁶³ POLAINO-ORTS, Miguel, “Delitos obstáculo”, op. cit., pág. 163.

¹⁴⁶⁴ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 247.

¹⁴⁶⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 458.

¹⁴⁶⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 478.

¹⁴⁶⁷ JAKOBS, Günther, “Criminalización”, op. cit., pág. 294.

¹⁴⁶⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 481.

¹⁴⁶⁹ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 314.

¹⁴⁷⁰ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 315.

embargo, ello no quiere decir que no haya diferencias sustanciales que parten desde el origen mismo de ambas figuras.

Continuando con la legítima defensa, la doctrina considera que no solo es requerida una reacción comunicativa, sino que también es necesaria una respuesta fáctica por lo que esta habrá de fundamentarse en la reacción ante el ataque cognitivamente apreciado¹⁴⁷¹. Esto puede traducirse en el sentido de que no sólo el sujeto agredido tiene la confianza en que existe una norma que lo ampara para defenderse, sino que también debe de actuar materialmente para no tener que sufrir las consecuencias del ataque antijurídico. La norma no actuará materialmente en la realidad fáctica, sino que va a legitimar una reacción violenta por parte del agredido, siempre y cuando se cumplan los demás extremos requeridos para encontrarse en una situación de legítima defensa. La legítima defensa es un mecanismo para la defensa ante riesgos futuros¹⁴⁷². Evidentemente la distancia temporal ha de ser pequeña, por ello lo inminente del ataque. Sin embargo, en el último de los casos sí hay un adelantamiento en defensa de la expectativa y del bien jurídico.

Hemos dicho anteriormente que el sujeto al agredir, e invadir esferas de organización que no le corresponden, se niega como persona, pero ¿ello nos conduciría a considerar al agresor como enemigo?¹⁴⁷³ La cuestión es interesante, pero de antemano consideramos que si bien es cierto que puede existir la legítima defensa ante enemigos, ello no quiere decir que el agresor deba de ser considerado como enemigo de manera general.

La distinción puede comenzar recordando que el enemigo es aquel que tiene una permanente oposición a la norma, mientras que el derecho penal del ciudadano será aplicable para el delincuente que delinque de manera esporádica¹⁴⁷⁴. Ello entiéndase como la sanción al delincuente, ya sea, ciudadano o enemigo, no por su calidad sino por aquello que transmite su acto.

A pesar de ello se insiste, pero se rebate también¹⁴⁷⁵. La cuestión es que la crítica no puede con el argumento de que las principales autoridades jurisdiccionales de Europa no han desaprobado las normas de Derecho penal del enemigo en sus respectivos países¹⁴⁷⁶, bajo este orden lógico de ideas, se han aceptado las normas con todos sus elementos, entre ellos, evidentemente, el del adelantamiento en aras de la protección de una entidad que tiene un mayor valor desde el punto de vista axiológico. El Derecho

¹⁴⁷¹ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 445.

¹⁴⁷² PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 445.

¹⁴⁷³ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 448.

¹⁴⁷⁴ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 445.

¹⁴⁷⁵ “Si hay algo que parece indiscutible en torno a la problemática que plantea el Derecho penal del enemigo, es la acertada descripción de un fenómeno que, en mayor o menor medida, se puede constatar en cualquier ordenamiento jurídico-penal vigente. En efecto, los adelantamientos de punibilidad a estadios anteriores a la puesta en peligro de un bien, el aumento desproporcionado de las penas en relación con dichos adelantamientos de punición, la disminución de las garantías procesales, etc., se advierten en cualquier legislación penal “moderna”. Tampoco parece que pueda cuestionarse el carácter “peligrosista” de este tipo de legislación, que hace que esta no se lleve nada bien con los principios político-criminales que fundamentan el Derecho penal liberal en un Estado de Derecho, en particular con el principio de culpabilidad del hecho”, en Omar PALERMO, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 452.

¹⁴⁷⁶ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 452.

penal del enemigo busca la ordenación y limitación de normas penales especializadas en cierto tipo de delincuencia¹⁴⁷⁷.

La legítima defensa tendría importantes dificultades en cuanto a sus límites si se partiera de la consideración del agresor como enemigo, lo que no sucede realmente si al agresor se le considera como persona¹⁴⁷⁸. Desde esta perspectiva pareciera como si no existiera lo que denomina PALERMO como legítima defensa del enemigo¹⁴⁷⁹. Sin embargo, es difícil negar que existen interesantes puntos de conexión entre la repulsión de enemigos (o del acto de enemistad) y la repulsión del ataque antijurídico en defensa legítima. A pesar de ello la literatura especializada considera que el agresor no implica autoexclusión¹⁴⁸⁰.

II.- “Lucha”, “guerra” y adelantamiento contra las organizaciones terroristas

Con, relación al tema objeto de estudio, SUN TZ U afirmó que “(l)a guerra es de vital importancia para el Estado; es el dominio de la vida y la muerte, el camino hacia la supervivencia o la pérdida del Imperio: es forzoso manejarla bien”.

En anteriores apartados hemos señalado que el adelantamiento de la barrera de punición implica la comunicación por parte del Derecho en contraste a una comunicación defectuosa ejecutada por el enemigo. Ello se refleja, en el caso concreto, contra aquellos que promuevan, constituyan, organicen o dirijan una organización de tipo terrorista. El adelantamiento es el medio idóneo y de mayor respeto a las garantías que hasta hoy ha encontrado la política criminal. Entendemos que el Derecho penal del enemigo funciona en sistemas democráticos y, por ello, las normas que forman parte del mismo no han sido rechazadas por los organismos encargados de la tutela en materia de derechos fundamentales.

Muchos de los críticos al Derecho penal del enemigo se indignan y consideran a la disciplina como parte de una violencia estatal desmedida y que se equipara con una “guerra” o “lucha”, en la que el Derecho penal es considerado como “arma”¹⁴⁸¹. Respecto a esta última cuestión, estimamos que el Estado tiene suficiente armamento, en el sentido propio y usual del término, como para requerir la construcción de armas en sentido normativo o simbólico, por lo que tal calificación no aporta claridad al debate. En el mismo sentido, si el Estado estimase que existe una guerra, como señala parte de la crítica, entonces prácticamente todos los Estados se verían obligados a declarar un estado de excepción y decreta un combate militar contra los enemigos en sentido bélico. El garantismo es el principal promotor de esta descalificadora calificación y confrontación terminológica establecida a través de afirmaciones como la siguiente: “veremos cómo el Derecho penal de lucha constituye un ataque frontal que las instituciones europeas han levantado contra el garantismo”¹⁴⁸². No obstante, ante lo inminente y la gravedad del fenómeno delictivo se reconoce que su empleo es positivo “(...) contra la criminalidad, de modo que, al mismo tiempo, aquél contiene algunos

¹⁴⁷⁷ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 452.

¹⁴⁷⁸ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 454.

¹⁴⁷⁹ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 471-472.

¹⁴⁸⁰ PALERMO, Omar, “Legítima defensa”, op. cit., pág. 474.

¹⁴⁸¹ DONNI, Massimo, “Derecho penal de lucha”, op. cit., pág.30.

¹⁴⁸² DONNI, Massimo, “Derecho penal de lucha”, op. cit., pág. 31.

momentos del todo legítimos aunque desagradables de la acción de contraste del Estado contra fenómenos seguramente graves y peligrosos”¹⁴⁸³.

El combate a la delincuencia de especial peligrosidad no implica el exterminio de los criminales, sino la confrontación simbólico-comunicativa a través de mecanismos excepcionales y especializados. Una herramienta es el adelantamiento de la barrera de protección ciudadana. ¿Esto quiere decir que a través del artículo 571 existe una guerra del Estado español contra el terrorismo? Países como Estados Unidos mezclan contenidos ideológicos extremos con normas que violentan constantemente los Derechos humanos, además de la militarización operativa de un supuesto Derecho que busca legitimarse en el respeto a la libertad del mundo en general.

Más que preocuparse por la legitimidad de la guerra, los Estados deberían avocarse a cuestionarse seriamente sobre la capacidad que tienen para el mantenimiento de la paz¹⁴⁸⁴. Ello dejando a un lado discursos ideologizantes y cuestiones políticamente correctas, que no hacen sino desgastar el debate y mantenerlo en un discurso circular infinito. Los países del mundo que mayor énfasis ponen en mostrarse como democracias resultan ser los principales productores de armas del mundo, siendo la guerra, un fenómeno opuesto completamente a la democracia. Bajo este esquema de han desarrollado dos puntos de vista que buscan explicar la violencia colectiva:

a) Los autores de la violencia, como portadores del derecho a la reivindicación sobre aquellos males que han sido generados por el Estado, emprendiendo acciones racionales que buscan tener un impacto mediático¹⁴⁸⁵.

b) Actos orientados hacia la modificación de los valores y de las normas¹⁴⁸⁶.

Estas dos categorías exponen el sentido comunicativo del mensaje delictivo a través de la conformación de la organización criminal terrorista. La regulación legal, por parte de los Estados, implica la defensa de los valores que la sociedad ha considerado como válidos y que desea que se mantengan. Por ello el combate normativo del terrorismo a través del Derecho penal del enemigo representa una defensa de la cultura del país donde rigen dichas normas. Este discurso debe entenderse bajo un prisma estrictamente normativizado y no como una oportunidad para llenar y justificar la ideología como bandera de lucha militar contra el delito de organización.

Si nos dejamos arrastrar por el discurso, aparecerán conceptos como “guerra”, “enemigo” bajo un nuevo contexto, como sucedió en el ataque a las torres gemelas, calificado por la OTAN como un ataque “contra todos”¹⁴⁸⁷. Este tipo de afirmaciones ya sentaban las bases para la guerra que finalmente ocurriría en nombre de los valores supremos de la sociedad occidental. La reacción de los Estados Unidos después de los atentados fue espectacularmente agresiva¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸³ DONNI, Massimo, “Derecho penal de lucha”, op. cit., pág. 31.

¹⁴⁸⁴ JOAS, Hans, *Guerra y modernidad. Estudios sobre la violencia en el siglo XXI*, traducción de Bernardo MORENO, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005, pág. 66.

¹⁴⁸⁵ JOAS, Hans, *Guerra y modernidad*, op. cit., pág. 251.

¹⁴⁸⁶ JOAS, Hans, *Guerra y modernidad*, op. cit., pág. 252.

¹⁴⁸⁷ BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra*, traducción de R S CARBÓ, Paidós Asterisco, Barcelona-Buenos Aires, 2003, pág. 9.

¹⁴⁸⁸ TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, 2ª. edic., traducción de Noemí SOBREGUÉS, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012, pág. 9.

Las organizaciones criminales con influencia internacional son los nuevos enemigos de los Estados lo que representa un cambio en el paradigma sobre la antigua concepción del contendiente como milicia¹⁴⁸⁹. En términos funcionalistas, reiteramos nuestra idea de que el injusto sistémico es la principal amenaza contra la democracia. Los grupos terroristas han sido elevados a actores globales a la par de los Estados e incluso pueden ser consideradas como las ONG de la violencia¹⁴⁹⁰.

Como estructuras poderosas, poseedoras del máximo poder destabilizador conocido por la cultura contemporánea, su tratamiento ha sido pendular y con tendencias hacia los extremos en aras de una lucha contra este fenómeno nutrido de complejísimos elementos, entre ellos el arrebato del monopolio de la violencia a los Estados¹⁴⁹¹. La llamada *pax americana* entró a fondo en estas cuestiones y ha permitido grandes aberraciones a través de un *súper-adelantamiento* frente a peligros no concretos¹⁴⁹², pues ha llegado al absurdo -como ponen de manifiesto los periodistas Mónica CEBERIO BELAZA, Luis DONCEL, José María IRUJO y Jorge PEREGIL, en una nota publicada en el periódico El País, sobre el tema Guantánamo, que puede ser encontrada en la página virtual de diario, con fecha de nota 25 de abril de 2011- de permitir que un 60% de los reclusos fue internado sin representar una amenaza probable: “La radiografía de una prisión creada por George W. BUSH en 2002 al margen de las leyes nacionales e internacionales llega en un mal momento para el presidente, Barack OBAMA. Cerrar el penal fue su primera promesa tras asumir el cargo en enero de 2009. El anuncio, hace un mes, de que reanudaría los juicios en las comisiones militares fue el reconocimiento de su fracaso”.

La nota va arrojando elementos cada vez más interesantes, debido a que muestra como el súper adelantamiento cae en un absurdo que hace cuestionar con firmeza las supuestas bases de libertad y democracia sobre las que descansa el modelo norteamericano. Sobre el nivel de peligrosidad de los sujetos, “(e)l más alto solo implica que la persona "probablemente" supone "una amenaza para EE UU., sus intereses y aliados"; el medio, que "quizá" lo suponga; y el bajo, nivel en el que aparecen catalogados presos que han estado ocho y nueve años en la prisión, que es "improbable" que sea un riesgo para la seguridad del país. Sin embargo, queremos subrayar que incluso quien no es peligroso se encuentra privado de la libertad. “Hay casos, según revelan los informes secretos, en los que ni siquiera el Gobierno de EE UU. sabe los motivos por los que alguien fue trasladado a Guantánamo, y otros en los que ha concluido que el detenido no suponía peligro alguno: un anciano de 89 años con demencia senil y depresión que vivía en un complejo residencial en el que apareció un teléfono por satélite; un padre que iba a buscar a su hijo al frente talibán; un mercader que viajaba sin documentación; un hombre que hacía autostop para comprar medicinas. EE UU. determinó que 83 presos no suponían ningún riesgo para la seguridad de la nación, y de otros 77 se reconoce que es "improbable" que sean una amenaza para el país o sus aliados. El 20% de los presos fue conducido al penal de forma arbitraria según las propias valoraciones de los militares estadounidenses. Si a ese dato se añade

¹⁴⁸⁹ BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., pág. 28.

¹⁴⁹⁰ BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., pág. 28.

¹⁴⁹¹ BECK, Ulrich, *Sobre el terrorismo y la guerra*, op. cit., pág. 29.

¹⁴⁹² DENKOWSKI, Charles, “La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿continúa el Derecho policial de los Lander alemanes, tras en 11 de septiembre, con el Derecho penal político antiliberal?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág. 512.

el de aquellos que sólo "quizá pudieran entrañar un peligro, 274 en total, se concluye que EE UU. no ha creído seriamente en la culpabilidad o amenaza de casi el 60% de sus prisioneros. Se encarcelaba a los presos fundamentalmente para "explotarlos", según su propia terminología; por si sabían algo que pudiera ser útil".

De esta manera se pone de manifiesto la distancia que existe entre la lucha contra el terrorismo por parte del gobierno de los Estados Unidos y la concepción normativa y funcionalista de la moderna dogmática de Derecho penal. A pesar de las evidencias y los abusos de los que se tiene conocimiento por parte de la política de persecución y paranoia estadounidense, hay autores que defienden este proceder y recriminan que no hay que tomarse de forma literal la retórica de la política de combate de ese país¹⁴⁹³. Dicho modelo se ha traducido en un sistema policial donde los miembros de dichas corporaciones gozan de importantes prerrogativas.

De la mano de este fenómeno, conforme al que se busca un adelantamiento en sentido preventivo, se emplea a la policía para lograr dicho objetivo bajo el esquema de la llamada *tolerancia cero*. El modelo preventivo, nacido en los Estados Unidos, se ha tornado más bien, en un discurso político¹⁴⁹⁴. Entonces existe una mezcla de sistemas poco saludable. La situación no es nueva, debido a que el Derecho penal suele ser absorbido, por lo menos discursivamente, por el subsistema político. A través de GIULLIANI (Alcalde) y de BRATTON (Jefe de policía de la ciudad), se estableció un desafío a la delincuencia de Nueva York por medio del otorgamiento de facultades discrecionales a la policía para el caso de arrestos y registros personales¹⁴⁹⁵.

En el discurso en el que BRATTON expone los ejes de su "guerra" contra la delincuencia se constata un incremento en el fortalecimiento de la policía y sus operaciones, ejemplo de este último caso es el empleo de patrullajes agresivos en áreas conflictivas y una máxima discrecional para la policía con la finalidad de dar cumplimiento a los objetivos planteados¹⁴⁹⁶. A pesar de la declaración de guerra y demás, el modelo de la tolerancia cero no dio el resultado que se esperaba, por muchas razones que no podemos discutir en este momento. Sin embargo, lo que es importante subrayar es que el exceso de poder y politización de los cuerpos policíacos generó una serie de abusos y de violaciones a derechos humanos que fueron de gran envergadura¹⁴⁹⁷.

En el plano del combate real a la delincuencia el costo fue absorbido por los sujetos pasivos de estas operaciones caracterizados por ser delincuentes de bajo nivel en cuanto a peligrosidad y poca desestabilización social¹⁴⁹⁸. Ello demuestra que las

¹⁴⁹³ DUBBER, Markus D., "Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense", traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, op. cit., pág.686.

¹⁴⁹⁴ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, op. cit., pág. 156.

¹⁴⁹⁵ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, op. cit., pág. 160.

¹⁴⁹⁶ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, op. cit., pág. 161.

¹⁴⁹⁷ DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero*, op. cit., pág. 168-171.

¹⁴⁹⁸ "A pagar las cuentas de la *zero tolerance* han sido llamados, y lo son siempre, los sin techo, los drogodependientes y pequeños traficantes, los grafiteros, las prostitutas y los jóvenes afroamericanos del gueto. En suma, aquellos cuya presencia recuerda, también a quienes no quieren verlo, que este no es, para todos y para todas, el mejor de los mundos posibles", en Alessandro DE GIORGI, *Tolerancia cero*, op. cit., pág. 171.

declaraciones de guerra en contra de fenómenos criminales a través de la maximización policiaca o militar no generan los mejores resultados. Sin embargo, al voltear la mirada hacia la política de “guerra” contra el terrorismo a nivel nacional, veremos que el fortalecimiento de las potestades presidenciales es alarmante, donde es el ejecutivo quien decide quién es el enemigo¹⁴⁹⁹.

La situación descrita es absolutamente opuesta al carácter normativo del Derecho penal del enemigo en sentido funcionalista en que, el status de enemistad ha de ser determinado a través del sistema de expectativas, es decir, bajo un contexto descriptivo, científico¹⁵⁰⁰ y normativo. En cuestiones más puntuales acerca del adelantamiento intolerable, PORTILLA CONTRERAS afirma que para los sujetos extranjeros sospechosos de terrorismo es lícita su detención hasta por siete días sin necesidad de que existan cargos en contra de ellos y bajo la sospecha mínima de vinculación terrorista¹⁵⁰¹.

No sólo hay que mirar a los estadounidenses, basta con observar al resto de América, donde programas semejantes no han producido los resultados esperados y además han generado importantes agravios a la población. En concreto, el caso mexicano es ilustrativo. Desde hace varios años se libra una “guerra” contra el crimen organizado. Para combatir el fenómeno, que en ciertos sectores del país ha tomado el control de municipios completos, el Estado ha recurrido al ejército para el combate fáctico de los criminales. El poder ejecutivo Federal, amparándose en el artículo 89 fracción VI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que determina como una de las facultades y obligaciones del Presidente la de *preservar la seguridad nacional*, en los términos de la ley respectiva, y disponer de la totalidad de la Fuerza Armada permanente, o sea del ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación- ha llevado a cabo un espectacular despliegue militar en las regiones más conflictivas del país. Estas acciones han sido duramente criticadas por penalistas, constitucionalistas y organismos encargados de la defensa de los Derechos humanos a nivel nacional e internacional.

En el ámbito relativo al discurso, al igual que en los tiempos de la tolerancia cero, al inicio de su gobierno era común escuchar al presidente CALDERÓN sobre “la guerra”, y “la lucha” contra los enemigos de México. En la actualidad, debido las constantes críticas sobre la terminología y sobre todo por los daños colaterales que ha sufrido la población (más de 60.000 muertos), que se encuentran documentados en los principales diarios, ya no sólo de México sino de todo el mundo¹⁵⁰², el ejecutivo mexicano ha cambiado sus estrategia discursiva haciéndola mucho más moderada. Ello no cambia en nada que los militares sigan combatiendo a los delincuentes organizados, e incluso la “lucha” sea apoyada continuamente en encuentros internacionales del más elevado nivel diplomático¹⁵⁰³.

¹⁴⁹⁹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre*, op. cit., pág. 180.

¹⁵⁰⁰ “(...) surge de la observación y del razonamiento, en base a criterios sistemáticos, de un fenómeno real y lo hace con una terminología que resulta acorde a otras distinciones funcionalistas, como lo son la dicotomía persona/individuo”, en Miguel POLAINO-ORTS, *Desmitificación*, op. cit., pág. 93.

¹⁵⁰¹ PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre*, op. cit., pág. 181.

¹⁵⁰² <http://www.eluniversal.com/2011/05/16/cuatro-policias-y-dos-civiles-muertos-en-un-ataque-a-balazos-en-sur-de-mexico.shtml>

¹⁵⁰³ http://excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=741169

La lucha contra la criminalidad organizada no es establecida por un capricho del ejecutivo, sino porque el nivel de infiltración del narcotráfico en las policías locales y estatales era de tal entidad que había que comenzar a depurarlas y la policía Federal no era suficiente para suplir las deficiencias. Otro factor de importancia es que el nivel de violencia y de armamento que poseen las organizaciones criminales es de tal índole que sólo el ejército puede igualarlos, y ello debido a que los criminales son constantemente alimentados por armas provenientes de los EE.UU. A pesar de los reclamos del gobierno mexicano, los norteamericanos no tienen el menor interés en combatir el tráfico de armas.

El combate a la delincuencia organizada no sólo se ha llevado a través del fortalecimiento de la policía federal y de las fuerzas militares, sino que también se han desarrollado labores legislativas que han culminado en mutaciones normativas como la Ley Federal de Extinción de Dominio¹⁵⁰⁴. Sobre este cuerpo normativo se ha discutido,

¹⁵⁰⁴ Artículo I (decreto de expedición). LFED.

El procedimiento de extinción de dominio que se propone regular en esta ley se sustenta en los principios constitucionales de seguridad jurídica, de legalidad, del debido proceso y de la garantía de audiencia.

Con la aplicación de este procedimiento se lograrán diversos fines relevantes: el consistente en disminuir los recursos con que cuenta la delincuencia, desalentando con ello su capacidad operativa y adicionalmente, atenderá al interés y beneficio de la sociedad, a través de la utilización de dichos bienes o el producto que se obtenga de los mismos, para constituir un fondo destinado a la reparación del daño de las víctimas u ofendidos por los hechos ilícitos relacionados con los delitos de la delincuencia organizada y los delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas.

Con la anterior medida se tiende a complementar la gama de derechos que la Constitución ha establecido para la víctima u ofendido. Lo anterior, sin que para ello, en los casos específicos antes previstos, resulte necesario, como actualmente sucede, la plena acreditación de la responsabilidad penal del inculpaado. Esto es así, porque la víctima de un hecho ilícito debe ser protegida por el Estado.

La extinción de dominio es una acción que tiene como objeto ventilar en un procedimiento jurisdiccional, si un bien de cualquier naturaleza ha sido adquirido a través de actos acordes al ordenamiento jurídico, o si el bien procede de la comisión de actos ilícitos y, por ende, su dominio es contrario al sistema jurídico, a la moral pública y a los valores de la sociedad.

En efecto, un procedimiento eminentemente penal estudia y valora la existencia de un delito y la responsabilidad penal del inculpaado, mientras que el procedimiento de extinción de dominio valora los bienes que se relacionan con ciertos hechos ilícitos por sus características específicas. En pocas palabras, el primero dilucida si se cometió el delito y las penas aplicables, el segundo, si los bienes relacionados con hechos ilícitos son merecedores de extinción de dominio; por ende, uno tiene naturaleza penal y el otro, real.

En este sentido, son materia de la acción de extinción de dominio, en términos de las disposiciones constitucionales, los bienes que sean instrumento, objeto o producto del delito; los que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar su producto; los que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo, y los que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de los delitos antes señalados y el acusado por estos delitos se ostente o comporte como dueño.

De esta forma se combatirá la práctica común entre los integrantes de la delincuencia organizada de buscar prestanombres o testaferros para encubrir el origen ilícito de sus recursos, así como la mezcla de bienes lícitos e ilícitos para ocultar su procedencia.

si debido a sus únicas y especiales características, puede llegar a clasificarse como un paradigma de Derecho penal del enemigo. Hemos dicho que la norma es una mutación por que combina elementos civiles, penales y administrativos lo que ha representado una importante problemática en la práctica, al grado de que los operadores, en términos de LUHMANN, el *staff* jurídico, no saben a ciencia cierta cómo funciona la norma. En este momento no podemos entrar al análisis de la Ley, pero sí es importante resaltar algunas consideraciones hechas por la doctrina relativa al tema de la lucha y el adelantamiento de la barrera de punición.

El incremento en la acción del Derecho penal a través del adelantamiento de la barrera de protección deberá de orientarse hacia la protección de la seguridad cognitiva como entidad, o base facilitadora para la vida de los demás bienes jurídicos como el orden público, la vida, etc. Por medio del adelantamiento se habrán de proteger tanto la seguridad cognitiva como bienes generales y, en su caso, individuales. El adelantamiento de la barrera es aplicado sólo a casos específicos de delincuencia que perturba esa seguridad cognitiva, situación que no es desencadenada por cualquier tipo de injusto.

Como señala COLINA RAMÍREZ, la LFED no contempla propiamente un adelantamiento sino que a través de un procedimiento especial, se pierde un derecho

El ejercicio de la acción de extinción de dominio corresponderá al Ministerio Público, quien entre sus facultades podrá solicitar la implementación de medidas cautelares sobre los bienes materia de la acción, las cuales serán notificadas al Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, y serán transferidos conforme a la Ley Federal de Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público para su administración o enajenación.

El desarrollo del procedimiento será ágil y rápido en relación con la tramitación de un procedimiento del orden penal. Lo anterior, en virtud a que prevé plazos breves, pero suficientes, para que todo aquél que se considere afectado por la acción de extinción de dominio y acredite tener un interés jurídico sobre los bienes materia de dicha acción, alegue lo que a su derecho convenga, ante la posible privación de los bienes con carácter definitivo, declarada mediante sentencia judicial.

Con el fin de contemplar mecanismos que permitan la agilización del procedimiento de extinción de dominio, se prevé la posibilidad de que el dueño o quien se ostente como tal pueda, de común acuerdo con el Ministerio Público aceptar la extinción de los bienes afectos y convenir un replanteamiento de la posición planteada inicialmente por el Ministerio Público respecto del cual se pronunciará el juzgador al dictar la sentencia respectiva.

Por otra parte y con el fin de transparentar y rendir cuentas claras del manejo de los recursos derivados de los procedimientos de extinción de dominio, se prevé la existencia de un fideicomiso que no será considerado como entidad paraestatal, y que operará bajo las normas que al efecto se expidan en el reglamento de esta Ley.

Asimismo, se establecen reglas para fortalecer la cooperación internacional y contribuir a los esfuerzos nacionales en materia de seguridad pública y combate a los delitos. En este sentido, esta figura podrá ser aplicada a los bienes que se encuentren en el extranjero o estén sujetos a la jurisdicción de un Estado extranjero, caso en el cual la acción de extinción de dominio se substanciará por la vía de asistencia jurídica internacional en términos de los tratados e instrumentos internacionales de que el Estado Mexicano sea parte o, en su defecto, atendiendo al principio de reciprocidad internacional.

De esta forma, con esta figura que pudiera considerarse novedosa, se viene a colmar una necesidad en la nueva institucionalidad del sistema de justicia mexicano, como ha sucedido en otros Estados democráticos.

sobre ciertos bienes, porque la norma no impone penas¹⁵⁰⁵. De esta manera, en el marco de un sistema de “lucha” contra las organizaciones criminales, no necesariamente todas las herramientas normativas serán Derecho penal del enemigo. La norma va orientada hacia los bienes de los cuales se alimenta el crimen organizado y son producto de la actividad antijurídica. La norma ha de considerarse como parte del combate a la delincuencia organizada, sin embargo, debido a su “exótica” naturaleza jurídica, no se ve con claridad que pertenezca al universo del Derecho penal del enemigo. Para la literatura especializada, la negativa de pertenencia a este sistema de especial aseguramiento es definitiva¹⁵⁰⁶.

El gran problema desde la perspectiva latinoamericana y europea estriba en que la cuestión de la lucha, como una bandera política y lejana al contexto meramente sistémico y normativo se ampara, en aras de legitimarse, en el sistema político. Se argumenta que sin la lucha la democracia está en peligro. Aunque parezca paradigmático, la población es la que siempre deberá de llevar a cabo un desembolso de seguridad y asumir el riesgo de abusos por parte del gobierno en turno en el combate al terrorismo¹⁵⁰⁷, situación que también es extensible a las demás especies de injusto sistémico.

El elemento discursivo y la utilización de argumentos de combate, también se encuentra presente en la legislación española. Esta situación es ya apreciable en una sencilla lectura de la exposición de motivos de la LO 5/2010, de reforma del CP, donde en el punto VIII invoca el ánimo de lucha del Estado español como eje de la estrategia de combate al crimen organizado que se fundamenta en la Decisión Marco 2005/212/JAI¹⁵⁰⁸. De la misma manera, esta estrategia combativa se extiende a otros fenómenos delictivos como la explotación sexual de menores¹⁵⁰⁹ y el combate a la corrupción¹⁵¹⁰, lo cual implica que el cambio de paradigma se extiende y la legislación de lucha es introducida en otros sectores que el Estado ha considerado dignos de un cambio, importante, en la estrategia de prevención desarrollada hasta la fecha.

III.- El adelantamiento de la barrera de protección como facilitador de juridicidad ciudadana

El adelantamiento de la barrera, además de las propiedades comunicativas que se mencionaron anteriormente, tiene la función de posibilitar y proteger el libre desarrollo de la personalidad. En otras palabras, posibilita el ejercicio de la libertad en la vida social de las personas.

Si la barrera de protección no existiese, la configuración de la sociedad se vería seriamente amenazada por la comisión de actos terroristas a través de la conformación de organizaciones criminales. *Conformar una organización terrorista es en sí un acto terrorista*. Desde un punto de vista funcionalista normativo, la seguridad cognitiva como ambiente propicio para el desarrollo y convivencia de los bienes jurídicos se vería seriamente afectado. De esta manera, el adelantamiento de la barrera hace posible que

¹⁵⁰⁵ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones*, op. cit., pág. 29.

¹⁵⁰⁶ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones*, op. cit., pág. 30.

¹⁵⁰⁷ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág. 193.

¹⁵⁰⁸ LO 5/2010, pág. 54814.

¹⁵⁰⁹ LO 5/2010, pág. 54816.

¹⁵¹⁰ LO 5/2010, pág. 54818.

perdure la seguridad cognitiva en una sociedad. El mantenimiento de esta seguridad cognitiva, y por ende la creación de una atmósfera saludable de libertad ciudadana, no sólo es un derecho de los ciudadanos, sino que es la principal obligación del Estado. Dotar al sujeto de posibilidades para que actúe en un ámbito completo de juridicidad es fundamental para un Estado democrático moderno.

El fenómeno descrito va de la mano con el mantenimiento de la seguridad pública (por ello JAKOBS, en este sentido habla, de un Derecho de policía). La seguridad pública no sólo sirve para la prevención del delito, sino que es todo un marco sistémico al servicio de la ciudadanía¹⁵¹¹. Sin este, los bienes jurídicos, ya sean públicos o individuales, no pueden cumplir sus funciones y, sobre todo, no podrán jugar con ese carácter dinámico que se les atribuye modernamente. La obligación del Estado español establecida en el artículo 104 de la CE que determina como una de las funciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad la protección de derechos fundamentales y libertades públicas¹⁵¹². El tema es de bastante complejidad si lo reconducimos hacia el cauce del Derecho penal, porque entonces la frontera entre el Derecho penal y el administrativo sancionador se atenúa. En este espacio resulta imposible aproximarnos a dicha temática, pero en materia de adelantamiento debemos hacer algunas reflexiones.

¿La prevención del delito a través de un modelo de seguridad pública implica un adelantamiento de la punibilidad bajo el amparo del derecho de policía? La cuestión es bastante compleja no tanto en su respuesta como en su fundamento. En una situación en la que sea requerida la puesta en marcha del Derecho, habrá de buscarse la opción menos agresiva para su solución, sin que ello implique que haya un orden valorativo en las distintas ramas del Derecho y que el penal sea posicionado en un segundo plano¹⁵¹³. En el caso de la organización terrorista habrá de emplearse el medio más adecuado como una respuesta proporcional por parte del Estado ante la conformación del injusto sistémico. De conformidad al orden normativo vigente, se ha considerado que en España la conformación de la organización criminal habrá de ser sancionada a través del Derecho penal como *ultima ratio*, porque el Estado no tiene ningún mecanismo que posea la idoneidad para afrontar dicha problemática.

Si bien es cierto que en la materialización de detenciones y demás procedimientos son los cuerpos de seguridad del Estado quienes fungen como ejecutores, ello no quiere decir que haya un adelantamiento de la punibilidad ni, en consecuencia, la emisión de un mensaje comunicativo por parte del cuerpo policial. Sólo el Derecho penal a través de la pena se encuentra en posibilidades de afrontar el conflicto comunicativo que se presenta con la conformación del injusto sistémico.

Se ha indicado que existe una concepción preventivo-policial que sirve de base para fundamentar la anticipación con el objeto de que los cuerpos de policía puedan actuar de manera eficaz¹⁵¹⁴. No debe haber confusión entre el adelantamiento de la punibilidad y la entrada en acción de elementos policiales, por ejemplo en un operativo

¹⁵¹¹ AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pág. 29.

¹⁵¹² AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Derecho de la seguridad*, op. cit., págs. 29-30.

¹⁵¹³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 129.

¹⁵¹⁴ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 184.

para detener y poner a disposición del juez competente a un grupo de sujetos que se encontraban organizando una banda terrorista. Sólo a través del juez se materializa el adelantamiento y ello habrá de traducirse en la sentencia como expresión de reproche socio-comunicativo para el enemigo. Sin embargo, esto no implica la ausencia de cooperación, entendimiento y coadyuvancia entre las distintas ramas del Derecho en el ámbito de operación que se les ha encomendado¹⁵¹⁵. No obstante, subrayamos que sólo la pena es el vehículo a través del cual el mensaje de la norma se mantiene y la enemistad es rechazada.

En Derecho penal y del Derecho administrativo existe una comunicación y correlación recíproca que los mantiene estrechamente vinculados¹⁵¹⁶. Ello es debido a que ambos sectores del ordenamiento jurídico operativamente trabajan a veces en planos semejantes, además que en ambos el ciudadano de a pie suele identificar el principio de autoridad traducido materialmente. En este sentido puede confundirse una detención para llevar a proceso a un criminal con un adelantamiento de la barrera de protección. Si esto fuese así, entonces habría un adelantamiento al momento de la detención y otro materializado a través de la sentencia. En otros términos, existiría un adelantamiento y después, en caso de absolución, una incongruencia sistémica porque la anticipación ejecutada y que implica un acto agresivo por parte del Estado no habría valido la pena. Por lo tanto, la aceleración de barreras como mensaje comunicativo desautorizador de la organización terrorista se materializa sólo a través de la pena que mantiene la vigencia de la norma.

Bajo este orden de ideas, la pena cumple no sólo una función comunicativa, sino también una de tipo asegurador, físico del delincuente al privarlo de la libertad¹⁵¹⁷. En tal sentido el legislador, al punir la conformación de organizaciones terroristas, también ha pensado en ello, estimando que, debido a la peligrosidad que se manifiesta, es necesario decretar el aseguramiento antes de la ejecución del delito fin. Esto es muy importante porque en nuestro análisis no debemos mantenernos únicamente en el plano teórico, sino que también en la *praxis* se presenta un fenómeno asegurativo. “Cabe pensar que es improbable que la pena privativa de libertad se hubiera convertido en la reacción habitual frente a hechos de cierta gravedad si no concurriera en ella este efecto de aseguramiento. En esta medida, la coacción no pretende significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho sino contra el individuo peligroso”¹⁵¹⁸. Esto implica una reducción del análisis a lo estrictamente concerniente al ámbito del Derecho penal. En estos términos, la anticipación también busca neutralizar a los integrantes del injusto antes de que lleven a cabo los planes que generarán una segunda desestabilización, mientras que la primera consistió en un adelantamiento frente conformación misma de la organización.

Sin embargo, también existe una tendencia de adelantamiento en el momento de intervención a través Derecho administrativo policial. Un claro ejemplo son las escuchas telefónicas que se emplean con la finalidad de obtener elementos de forma anticipada para poder neutralizar el peligro¹⁵¹⁹. Esta clase de técnicas y otras que son propias del Derecho penal del enemigo en prevención de la criminalidad, suelen ser

¹⁵¹⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 129.

¹⁵¹⁶ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 129.

¹⁵¹⁷ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel *Derecho penal del enemigo*, op. cit., 23.

¹⁵¹⁸ JAKOBS, Günther / CANCIO MELIÁ, Manuel *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 23-24.

¹⁵¹⁹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 140.

exageradamente criticadas al grado de afirmar que nos encontramos tocando las puertas del terror penal¹⁵²⁰. Es interesante la manera en que la literatura crítica estima que existe cercanía al terror penal cuando lo que se busca es dotar a los operadores jurídicos de mayores elementos para el combate del terror organizado.

Este nuevo paradigma de anticipación ha sido tratado y denominado por la literatura como *represión anticipada* que forma parte del Derecho de policía mediante el que se le otorgan mayores facultades a la policía para que, en el seno de un proceso penal, puedan tener mayor eficacia en sus operaciones y en eventos semejantes que se pudiesen presentar en el futuro¹⁵²¹.

Las operaciones de esta naturaleza son comunes en muchos países donde se requiere dar “un paso antes” a que lo dé la criminalidad organizada. La cuestión es que este tipo de técnicas de anticipación implican un riesgo importante ya que colindan con el límite frente a los derechos de los ciudadanos de tal suerte que estas deberán de existir en los países donde el índice de democracia permita un ejercicio medido y excepcional de tales medidas.

Sobre esa base nos encontramos ante un problema circular, por que la criminalidad organizada (terrorismo, narcotráfico, narcoterrorismo etc.,) suele ser mucho más poderosa en países donde la democracia se encuentra en proceso de consolidación. Ello porque precisamente este tipo de criminalidad busca tales nichos para actuar con mayor facilidad porque son ambientes propicios debido a su vulnerabilidad y recursos¹⁵²². No obstante, al mismo tiempo, al poseer en estos ambientes mayor presencia fenomenológica, es cuando se debe de actuar con las medidas anticipadas y de manera contundente. Esto parece un callejón sin salida, donde sólo la propia norma de acuerdo al sistema de expectativas podrá determinar aquello que se adecúe de mejor manera a las necesidades de tal o cual sociedad en un momento histórico determinado.

Continuando con otras técnicas de adelantamiento policial, son típicamente pertenecientes a esta categoría las pruebas de ADN, las intervenciones de comunicaciones de otro tipo y el acceso a datos y registros informáticos, en pocas palabras, todo aquello que se denomina como “inteligencia”¹⁵²³. Incluso la doctrina que se especializa en inteligencia antiterrorista a escala internacional considera tres rubros importantes que bien pueden aplicarse para el caso del fenómeno de la organización terrorista que también posee vínculos con otro tipo de organizaciones a nivel internacional:

a) Función preventiva de la actividad terrorista, a través de esta técnica se busca desentrañar desde su origen la gestación de la amenaza terrorista en aquellas áreas donde es posible el desarrollo del fenómeno¹⁵²⁴

¹⁵²⁰ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / Nieves SANZ MULAS (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005, pág. 127.

¹⁵²¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 140.

¹⁵²² BARBERO SANTOS, Marino, “Presentación”, en *Criminalidad Organizada reunión de la selección nacional española*, op. cit., pág. 7.

¹⁵²³ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 141.

¹⁵²⁴ LÓPEZ ESPINOSA, María de los Ángeles, “Inteligencia y terrorismo internacional. Un panorama de cambios”, en *La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional*, Cuadernos de

b) Función de prevención tras la comisión de la acción, será el caldo de cultivo donde a través de la vivencia se tendrán herramientas para la función preventiva mencionada anteriormente¹⁵²⁵. En pocas palabras un esquema de aprendizaje por medio de la experiencia con miras hacia el futuro.

c) Aportación a las medidas de seguridad que se implementen, para la prevención de cualquier evento terrorista¹⁵²⁶.

Este marco de modelo estratégico de inteligencia en el combate al terrorismo va orientado, siempre, hacia el paradigma prospectivo, es decir, hacia el futuro preventivamente hablando. Para poder llevar a cabo este programa no existe otra opción que el empleo de las técnicas de anticipación por parte de los órganos de inteligencia estatal. El tema de la clasificación de estas técnicas también se encuentra a debate entre el Derecho administrativo y el penal, incluso, autoridades jurisdiccionales en Alemania, han considerado las técnicas policiales como un adelantamiento penal debido a que el empleo de las técnicas tiene el fin de obtener pruebas que más tarde se desahogarán en un proceso penal¹⁵²⁷.

Si recapitulamos un poco podremos ver que sin entrar en los extremos teóricos de la sociedad de riesgos, veremos que la actuación policial siempre habrá de estar orientada hacia la defensa de la sociedad. En últimos términos en “adelantar” para evitar un daño mayor. Esta es una realidad que tal vez para un sector de la literatura pueda parecer escandaloso, pero es una circunstancia de la que ningún Estado medianamente desarrollado puede darse el lujo de prescindir.

A pesar de que la tendencia hacia el fortalecimiento de una legislación de Derecho policial es común en países como Alemania, no sucede lo mismo en España, donde existe una tendencia en la literatura a considerar que toda técnica de anticipación que tiene relación con el Derecho es un adelantamiento reprobable, lo cual no deja de pasar a ser parte del discurso garantista lejano a las necesidades de la sociedad moderna.

La cuestión es por demás interesante por que el adelantamiento de las operaciones policiales de inteligencia, tienen una orientación prospectiva para garantizar en el último eslabón de la operación, la protección de la seguridad de los ciudadanos.

Por otra parte, el adelantamiento penal también cumple funciones de aseguramiento de expectativas pero no sólo de la seguridad pública, sino también del orden público y la seguridad cognitiva. Esta última implica la existencia de un ambiente propicio para el desarrollo dinámico de bienes jurídicos. Además de ello, a diferencia de las medidas de Derecho de policía, la pena implica el aseguramiento físico del enemigo, previa comprobación absoluta del status de enemistad, lo cual también es una medida aseguradora ya sea para la sociedad en general, como para víctimas en particular.

El adelantamiento es una respuesta veloz ante un ataque inesperado por parte del crimen organizado. Ya sea que el adelantamiento provenga del Derecho penal tanto en

Estrategia, núm. 141, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia, junio, 2009, pág. 206.

¹⁵²⁵ LÓPEZ ESPINOSA, María de los Ángeles, “Inteligencia y terrorismo”, op. cit., pág. 206.

¹⁵²⁶ LÓPEZ ESPINOSA, María de los Ángeles, “Inteligencia y terrorismo”, op. cit., pág. 206.

¹⁵²⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública*, op. cit., pág. 141.

su parte general como especial, o que emane del derecho administrativo sancionador, lo relevante es que forma parte de las funciones esenciales del Estado. La policía tiene deberes institucionales positivos que consisten en prevenir la delincuencia y perseguir a los delincuentes¹⁵²⁸. Dentro de ese ejercicio del rol institucional ha de emplear las estrategias que sean idóneas para el cumplimiento de sus obligaciones. Esto no quiere decir que en el ejercicio policial se encuentre la respuesta a la seguridad, sino que más bien el deber institucional que corre a cargo de la policía es parte de la solución. En un plano ideal lo que se busca alcanzar en un Estado no es que la actividad policial sea el equivalente a mayor seguridad, sino que la seguridad ha de ser concebida como un derecho que es obligación del Estado mantener permeable y exigible¹⁵²⁹. El trabajo policial incluso en el concreto combate contra el terrorismo separatista ha tenido tal importancia que ha permitido la apertura hacia el aprovechamiento de las condiciones que ofrece la democracia¹⁵³⁰. Si esto ha sido aprovechado o no por el radicalismo, eso es otro tema.

El adelantamiento de la barrera de protección tiene una importante relación con el concepto de persona; este último como ente de naturaleza social, en oposición a su pretendida naturaleza ontológica, requiere de determinadas condiciones de juridicidad para que pueda desarrollarse con todo su potencial social. Un ejemplo español y uno mexicano pueden ser de utilidad. En el País Vasco es sabido que la libertad de expresión, ya sea escrita o verbal, no puede ser ejercida en las condiciones que con la constitucionalmente tiene reconocidas todo ciudadano; ello se debe a que la presencia de orejas, o escuchas vinculados con el radicalismo separatista, representan una amenaza. Ante ello la expresión se hace en agrupaciones o en asociaciones de víctimas que, bajo la protección que brinda el colectivo, pueden ejercer medianamente su derecho.

Bajo el sustento de una ideología nacionalista se persigue imponer a la sociedad vasca un proyecto antidemocrático, justificable por actividades terroristas así como la combinación de medios violentos e institucionales para lograr sus objetivos¹⁵³¹. Con esta atmósfera es complicado ya no que la libertad de expresión pueda ser ejercida con libertad, sino que cantidad de derechos que son esenciales para la vida cotidiana, puedan ser desplegados a cabalidad.

En el ejemplo mexicano sucede lo mismo, en bares y restaurantes de importantes zonas del país ya no se puede hablar de determinados temas, debido a que no se sabe si el sujeto que está sentado a nuestro lado es miembro de tal o cual organización o amigo de cierto capo local. Lo mismo sucede con las publicaciones y los colectivos familiares de las víctimas. Éstas se han visto, ante el temor, obligadas a agruparse para poder así exigir al gobierno la tan anhelada seguridad y el esclarecimiento de las muertes de sus seres queridos. Bajo este contexto, ni la libertad de expresión, ni la ambulatoria, ni el derecho al acceso a una tutela judicial efectiva son en la práctica posibles. Prácticamente ningún reclamo social puede ser exigido.

¹⁵²⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal?”, op. cit., pág. 44.

¹⁵²⁹ JAKOBS, Günther, *Bases para una teoría*, op. cit., pág. 36.

¹⁵³⁰ MONTERO, Manuel, “Los finales imaginarios de ETA”, en AA.VV, *Democracia, nacionalismo y terrorismo en el País Vasco*, Ciudadanía y libertad, Vitoria-Gasteiz, 2010, pág. 49.

¹⁵³¹ SALBIDEGOITIA ARANA, José María, “Mitos, tópicos y reiteraciones sobre el terrorismo de ETA”, en AA.VV, *Democracia, nacionalismo y*, op. cit., págs. 75-82

En los ambientes brevemente descritos es más que evidente la inexistencia de seguridad cognitiva, que es la condición fundamental para que la personalidad pueda ejercerse a cabalidad. En este sentido la seguridad cognitiva es una condición para que exista la persona. Ante estos escenarios tan dramáticos los Estados deben de reaccionar de forma proporcional al nivel de desestabilización. Si el Estado aspira a concretarse como una entidad democrática y que se rija por la Ley, entonces tiene que utilizar la norma anticipativa de manera moderada pero sin titubeos. El adelantamiento es el único medio que hasta ahora se ha ideado para combatir la constitución de organizaciones criminales ya sean terroristas o de narcotraficantes. Sin el adelantamiento las personas carecen de ninguna garantía cognitiva para poder vivir y sin ello se generaría una atmósfera de amedrentamiento tal que el Estado perdería su razón de existir

El adelantamiento, desde la perspectiva de la parte especial como es en el caso del artículo 571 del Código, es la garantía máxima de respeto a la persona frente al terrorismo; constituye una forma de tutela efectiva ante el ataque de mayor desestabilización que existe en la actualidad y que requiere de múltiples requisitos legales para que se justifique. La barrera de protección no puede ser adelantada salvo que sean cumplidos una serie de requisitos que el propio tipo contempla, pero el adelantamiento además, ya se encuentra en la norma y la norma no es negociable. Ante esta situación que es más que evidente debemos de asumir que la política criminal española ha buscado dar soluciones a la problemática del terrorismo con la mayor diligencia y será labor de la doctrina robustecer la decisión o proponer un camino de solución alternativa.

CAPÍTULO VIII

ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL TIPO

I.- Elementos subjetivos del injusto en el delito de conformación de organización o grupo terrorista

A) Consideraciones previas

Los elementos subjetivos del injusto son producto de la evolución dogmática del sistema causalista neoclásico valorativo y teleológico del Derecho penal. Son una categoría dogmática que debe ser examinada a la luz de la antijuridicidad del delito. En ese contexto, la conducta desplegada por el sujeto sólo puede ser jurídica o antijurídica sin que exista la posibilidad de una zona conductual intermedia¹⁵³².

Los elementos subjetivos del injusto emergen a principios del siglo XX siendo atribuidos a FISCHER y posteriormente a HEGLER, demostrando que la división del delito entre objetivo y subjetivo no es correcta, sino que también existen elementos objetivos dentro de la culpabilidad y elementos subjetivos que pertenecen al injusto¹⁵³³. Tales elementos son singulares elementos anímicos del autor, que van más allá del dolo. MEZGER afirma que una misma conducta exteriorizada puede ser jurídica una vez y antijurídica otra, de acuerdo con la motivación subjetiva, conforme al sentido que el autor le otorgue¹⁵³⁴.

En el caso particular del artículo 571, el legislador exige una exteriorización subjetiva de las actividades criminales consistente en la finalidad típica de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública. Estas son las dos modalidades a través de las que, la organización o grupo terrorista otorga un sentido a su conformación.

El artículo 571.3 del CP, dispone: “A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, *tengan por finalidad o por objeto* subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la sección siguiente”.

La descripción penal exige de manera expresa para la concreción del tipo la concurrencia en el autor de una finalidad subjetiva de índole intencional. La doctrina de mayor arraigo ha elaborado una serie de categorías que sólo mencionaremos superficialmente. En este sentido se exploran, los delitos mutilados de dos actos, delitos de tendencia, y los delitos de expresión¹⁵³⁵. Los elementos subjetivos del injusto, debido a su propia naturaleza, pueden resultar problemáticos en materia probatoria¹⁵³⁶, pero

¹⁵³² MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 280.

¹⁵³³ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 287-289.

¹⁵³⁴ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 291.

¹⁵³⁵ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 295-296.

¹⁵³⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 248, en el mismo sentido MEZGER al afirmar que “(s)i se comprueba que un elemento del tipo es sin duda un elemento subjetivo, es decir, situado en el alma del agente, procederá a su vez la demostración de su carácter de elemento del injusto, con arreglo a una valoración normativa. Esto ya indica que con frecuencia no es posible una demostración estricta, y forzosamente tiene que concederse un margen al arbitrio”, en Edmundo MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., págs. 294-295.

ello no implica que haya que restarles importancia como una de las aportaciones dogmáticas de mayor importancia durante en desarrollo de la ciencia penal del siglo XX en la configuración del tipo de injusto y en la delimitación de tales elementos respecto del dolo del autor.

B) Clasificación de los elementos subjetivos del injusto pertenecientes al delito de conformación de organización o grupo terrorista

Los elementos subjetivos del injusto son, conforme a MIR PUIG, “todos aquellos requisitos de carácter subjetivo distintos al dolo que el tipo exige, además de éste, para su realización”¹⁵³⁷.

En realidad, se trata de elementos subjetivos, psicológicos o personales que delimitan la tipicidad de la acción y fundamentan la antijuricidad de la misma, pero no aquellos que afectan directa y exclusivamente al reproche de culpabilidad.

Dentro de las diversas categorizaciones que se han elaborado en el estudio de los elementos subjetivos del tipo de injusto, el presente trabajo quedará suscrito a la clasificación empleada por POLAINO NAVARRETE¹⁵³⁸, que sigue la estructuración tradicional alemana, completándola y aplicándola a la regulación positiva española. Dentro de la clasificación general de los delitos de intención, de tendencia y de especiales formas de manifestación, junto a los delitos de tentativa y de actos preparatorios punibles, adscribe el presente supuesto al ámbito específico de los delitos de intención el pre en relación a la específica categoría de los delitos de intención, que se caracterizan por la exigencia, sobre el dolo del autor que abarca los elementos objetivos del tipo, de una singular intención finalista que trasciende más allá del ámbito propio del dolo (la intención comienza allí donde termina el dolo del autor)¹⁵³⁹.

Dentro de los delitos de intención, existen dos hipótesis integrantes de los mismos: los llamados delitos intencionales *mutilados de dos actos* y los delitos intencionales *de resultado cortado*. Es importante exponer muy brevemente en qué consisten cada uno de ellos y vincularlos con el estudio concreto del tipo de conformación organizacional terrorista.

El debate sobre las mencionadas clasificaciones no es pacífico. Todo aquello que implica subjetividad ha resultado conflictivo para el Derecho penal a lo largo de su desarrollo científico. Los delitos mutilados de dos actos y los de resultado cortado forman parte de los delitos de intención. Estos últimos pueden ser definidos, sin ánimo exhaustivo, como aquellos tipos que trasciende más allá del dolo exigida en el propio tipo penal y que constituye la singular intención típica subjetiva¹⁵⁴⁰. Son delitos que llevan un impulso psicológico que sobrepasa las exigencias en el nivel objetivo, cuyas dos especies son los delitos imperfectos de dos actos y los de resultado cortado¹⁵⁴¹.

¹⁵³⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 281.

¹⁵³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 247 y ss.

¹⁵³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 251.

¹⁵⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 251.

¹⁵⁴¹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª. edic., B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008, pág. 107.

Como señala POLAINO NAVARRETE, la diferencia entre ambas categorías, mutilados de dos actos / resultado cortado, es realmente sutil y no es fácil de determinar en la descripción normativa del tipo¹⁵⁴². No obstante, para efectos de esta investigación, nos limitaremos a establecer una definición de cada uno y posteriormente a hacer un análisis respecto de su aplicación, como categoría dogmática, al delito de conformación de organización o grupo criminal.

En el caso de los delitos mutilados de dos actos, la existencia de la intención finalista que va más allá del dolo significa que el sujeto realiza el tipo objetivo con la intención de alcanzar una finalidad ulterior consistente en una nueva conducta del autor que deberá de llevar a cabo el propio sujeto¹⁵⁴³, con independencia de que consiga o no realizar dicho nuevo comportamiento. Dicha conducta ulterior es el fin al que busca arribar el propio agente¹⁵⁴⁴. El ánimo finalista del sujeto activo en la que consiste la concreta intención exigida en el tipo es relevante debido a la orientación finalista en este sentido el sujeto imprime. En consecuencia, no es necesario que el sujeto llegue a cumplir con la finalidad propuesta, sino que basta se constate la presencia del elemento intencional, de tal suerte que no quepa duda sobre el objetivo anímico del sujeto. La denominación “mutilado de dos actos” es reflejo de la voluntad del agente como un medio para una acción que se llevará a cabo posteriormente por parte del mismo sujeto: dos actos del propio sujeto, el primero de ellos efectivamente realizado, y el segundo sólo intencionalmente pretendido¹⁵⁴⁵. Se genera cierta confusión aparente precisamente por el empleo del verbo “mutilar” que remite mentalmente a una escisión, separación o corte que tiene como resultado la división del delito en dos segmentos, y que se aclara con la exclusión del segundo acto, que sólo es finalmente pretendido pero que es excluido o separado por cuanto no ha ser efectivamente realizado por el autor (es más, si lo realizara, daría lugar a un concurso de delitos o, en su caso, de normas penales). En este caso ¿dos segmentos de una misma conducta? Nos encontramos en presencia de dos actos, el primero se lleva a cabo de manera efectiva y cumple la función de vehículo para el segundo, mientras que este último, que es el objetivo final, no requiere ser concretizado efectivamente¹⁵⁴⁶. La categoría comparte semejanzas con el adelantamiento -analizado en el capítulo anterior- porque, como lo señala POLITOFF, el primer acto que se ejecuta orientado hacia el segundo ya es considerado como delito consumado¹⁵⁴⁷, por cuanto constituye en sí el delito subjetivamente configurado.

La siguiente subcategoría de los delitos de intención es la de los delitos de resultado cortado. En éstos casos aparece un sujeto que despliega una conducta orientada hacia una finalidad en concreto, pero que no constituye una ulterior conducta del propio sujeto, sino de un objetivo finalista pretendido por el mismo a través del comportamiento típico básico del sujeto inspirado en la pretensión subjetiva de una intención finalista que trasciende del dolo y que no consiste en una nueva conducta del mismo sujeto¹⁵⁴⁸. En este tipo de delitos la conducta inicial es el vínculo objetivo para la consecución de una finalidad ulterior ajena a la conducta del autor y cuya realización no constituye resultado delictivo sino singular elemento subjetivo del

¹⁵⁴² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 251.

¹⁵⁴³ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos*, op. cit., pág. 108.

¹⁵⁴⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 252.

¹⁵⁴⁵ MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 295.

¹⁵⁴⁶ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos*, op. cit., pág. 108.

¹⁵⁴⁷ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos*, op. cit., pág. 108.

¹⁵⁴⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 254.

mismo¹⁵⁴⁹. No se exige la producción del resultado (que por eso es cortado) ni la realización de nueva actuación por parte del agente¹⁵⁵⁰, es decir, ninguna manifestación objetiva secundaria. Por ello se ponen ejemplos como el ánimo de lucro¹⁵⁵¹, donde el sujeto lleva a cabo su conducta con un ánimo dirigido hacia algo más, pero sin ser necesario que ese “algo más” sea materializado por el propio agente. También entran dentro de esta categoría aquellos tipos que exigen un ánimo de perjudicar, donde sólo se requiere dicho ánimo para sancionar el delito¹⁵⁵². De la misma manera son considerados dentro de esta categoría los delitos donde se exige un ánimo defraudatorio¹⁵⁵³.

POLAINO NAVARRETE lleva a cabo una aproximación interesante entre los delitos de resultado cortado y el terrorismo, al estimar que conforme a la antigua redacción del tipo se exigía que se llevaran a cabo actos “encaminados a perjudicar” o “comprometer” los intereses de la Nación, justificando su inserción dentro de la categoría de los delitos de intención en la modalidad de los delitos de resultado cortado¹⁵⁵⁴.

Como se puede constatar, a pesar de que el empleo ejemplos puede clarificar la cuestión, no faltan opiniones doctrinales que reconocen la dificultad conceptual por donde se transita, aunque se acepta una síntesis diferenciadora en el sentido de que en el delito mutilado de dos actos se presenta la necesidad de que sea el propio sujeto quien deba llevar a cabo una actividad posterior y en el de resultado cortado ocurre un resultado que es independiente del sujeto¹⁵⁵⁵: existe una coincidencia porque en ambas especies ni el segundo acto que se busca, ni el resultado que se persigue, son requeridos que se alcancen realmente¹⁵⁵⁶. La intención finalista del autor aspira a un objetivo que en el primer caso en una nueva acción del mismo y en el segundo una finalidad ajena a él e independiente de todo comportamiento suyo ulterior.

En la situación particular del párrafo tercero del artículo 571.3 CP una organización o grupo terrorista, deberán de conformarse con la finalidad o el objeto de subvertir el orden constitucional o el objeto (*recte*: objetivo) de alterar gravemente la paz pública. En este caso, aunque pueda someterse a intenso debate, existen elementos para asegurar que el tipo es una hipótesis de la especie de los delitos (intencionales) de resultado cortado. Se debe a que no se trata de dos conductas ni de la partición en una acción, como es requerido en los mutilados de dos actos. Se trata de una sola conducta de conformación organizativa del injusto sistémico, que se inspira en la intención subjetiva que se extiende más allá del dolo y consiste en la pretensión finalista de un objetivo determinado dual o alternativo: subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública. Esto último demuestra el sentido subjetivo final¹⁵⁵⁷.

El elemento subjetivo del injusto, al sobrepasar las fronteras del dolo, incide en la seguridad cognitiva. De esta forma los elementos incrementan el carácter desestabilizador de la organización. Los sujetos que la conforman no se limitan a ello, a su simple conformación, lo cual ya importa un grado importante de inestabilidad, sino

¹⁵⁴⁹ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos*, op. cit., pág. 108.

¹⁵⁵⁰ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos*, op. cit., pág. 108.

¹⁵⁵¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 254-259.

¹⁵⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 259-266.

¹⁵⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 266 y ss.

¹⁵⁵⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 271-272.

¹⁵⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 230.

¹⁵⁵⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 230.

¹⁵⁵⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 270-271.

que van más allá de su propio dolo y plantean objetivos de mayor ambición desorientadora. Ello es el núcleo que se encuentra al interior de la conformación: la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública.

Si un sujeto pensara, en un sentido puramente subjetivista, en atacar las bases del Estado, su pensamiento deviene absolutamente irrelevante para el poder público, por las libertades mínimas que imperan en el Estado democrático. Incluso si este mismo sujeto exterioriza su pensamiento, tampoco nos encontramos ante un motivo suficiente que provoque a través de este acto, que se active la maquinaria penal. Pero si existe un modelo organizativo donde se presenta un ambiente idóneo para que estos pensamientos sean traducidos en actos externos y en afectaciones reales al Estado, entonces el Derecho penal deberá de reaccionar como sistema. La cuestión es que la organización criminal como vehículo idóneo y poderoso que posibilita la realización de ataques, en este caso terroristas, cumple la función de entidad potencializadora de inseguridad cognitiva y de peligro para los bienes jurídicos.

En el caso concreto, al perseguirse tales objetivos a través de la organización o grupo criminal, y existir esa potencialización, la posibilidad que dicha vulneración al orden constitucional o a la paz pública se lleve a cabo deviene real con la realización de la conducta finalista prevista en el tipo. Desde la perspectiva de la seguridad cognitiva existen dos momentos: el primero (objetivo) se produce cuando se conforma la organización criminal y el segundo (subjetivo) se constata cuando dicha organización, ya de por sí desestabilizadora, busca alcanzar sus objetivos teleológicos. Sin embargo, no debe de pasar desapercibido el hecho que, al estar en presencia de un delito intencional de resultado cortado, no es necesario que dicha perturbación se lleve a cabo materialmente. Basta con que la acción intencional sea comprobada como tal para que sea punible. Considerar al delito de organización como portador de elementos subjetivos del tipo de injusto no significa un doble adelantamiento. La existencia de los elementos subjetivos del injusto rompe con lo que DIÉZ RIPOLLÉS ha denominado “combate automatizado de la asociación delictiva”¹⁵⁵⁸, al exigir una conducta objetiva caracterizada por singulares elementos subjetivos finalistas.

Los elementos subjetivos en el tipo de conformación de una organización o grupo terrorista tampoco pueden ser confundidos con la tentativa, ni con los delitos de expresión, sino que constituyen una categoría especial que en el caso del terrorismo se pueden concentrar en la especie mencionada de los delitos de resultado cortado. Sin más que decir sobre esta interesante temática de los elementos subjetivos del injusto, hemos de pasar a explorar los elementos subjetivos específicos que se encuentran contenidos en el artículo 571 del CP español.

C) Subvertir el orden constitucional

Subvertir quiere decir textualmente y conforme al diccionario “(t)rastornar, revolver, destruir, especialmente en lo moral”¹⁵⁵⁹, concepto que no debe de entenderse de manera aislada, sino en directa relación con el orden constitucional y bajo el

¹⁵⁵⁸ DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en André Luis CALLEGARI (coord.), *Política criminal Estado e democracia. Homenagem aos 40 anos do curso e aos 10 anos do curso de Pós-Graduação em direito da unisinos*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro, 2007, pág. 86.

¹⁵⁵⁹ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 2102.

esquema analítico de los delitos de terrorismo. Esta mención es meramente ilustrativa, sin que se busque una equiparación entre dicho verbo en su sentido gramatical y el mismo en su orientación como entidad normativa.

Cada vez que se lleva a cabo el análisis de una figura, categoría o concepto que lleva la noción de “orden” lo que sucede en realidad es que se presenta un verdadero “desorden” conceptual reconocido en doctrina encargada de su examen. Este fenómeno puede ser constatado en el capítulo correspondiente a este trabajo de investigación donde se estudia el concepto de orden público. El orden si bien pareciera que todo el mundo sabe qué significa, nadie puede definirlo en realidad. A pesar de ello la investigación jurídica suele navegar por aguas poco cristalinas y sin embargo, se encuentra obligada a salir avante. El mejor ejemplo de esta nebulosa conceptual se puede encontrar en el primer elemento subjetivo del injusto contenido en el artículo 571. El enunciado “subvertir el orden constitucional”, se encuentra plagado de elementos que en lugar de clarificar se pierden en un océano conceptual plagado de ambigüedades.

Desde una perspectiva “clásica” RODRÍGUEZ DEVESA considera que, cuando se reflexiona legislativamente sobre el tema del terrorismo, existe una directa relación con “la bomba” como reminiscencia lógica y natural de los movimientos anarquistas del siglo XIX¹⁵⁶⁰, por lo que el elemento teleológico tendrá una profunda relación con el ánimo de generar desorden social por medio de la violencia. El objetivo será el de causar terror para facilitar la imposición de un sistema político y social distinto del que se encuentra en vigor¹⁵⁶¹. Sin embargo, no hay claridad verdadera sobre aquello que el terrorismo buscaba desde la perspectiva de los elementos subjetivos del injusto como lo existió en redacciones legislativas más modernas. CUELLO CALÓN, también dentro una posición clásica del Derecho penal español, afirma que sin finalidad que consista en atentado contra la seguridad del Estado, territorios e instituciones o contra el orden público, se puede estar en presencia de otros delitos, pero no de terrorismo¹⁵⁶².

Con la reforma de 2010 el artículo 571 conservó de su antecesor los elementos más confusos de la antigua descripción penal¹⁵⁶³, consistentes precisamente en los elementos subjetivos del tipo. Aunque suene como una metodología reiterativa, es importante conocer lo que significa orden conforme a su significado gramatical.

Como es de suponer, el orden es un concepto tan amplio que posee múltiples significados y variedad de sentidos. Orden quiere decir, colocación de cosas en el lugar que les corresponde, regla, relación respecto de una cosa con otra¹⁵⁶⁴, entre otros. Es la idea en la que mentamos cuando es necesario reflexionar acerca del orden; sin embargo, obviamente no tenemos ni siquiera una mínima aproximación hacia el concepto bajo el contexto que nos interesa, que no es otro que el de su vinculación con la cuestión constitucional, como binomio que representa un interés, como objetivo, de la organización terrorista.

¹⁵⁶⁰ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, parte especial*, 4ª. edic. Dykinson, Madrid, 1971, pág. 744.

¹⁵⁶¹ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, parte especial*, op. cit., pág. 744.

¹⁵⁶² CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal*, op. cit., pág. 203.

¹⁵⁶³ Vid. el capítulo I del presente trabajo de investigación.

¹⁵⁶⁴ *Diccionario de la lengua española*, tomo II, op. cit., pág. 1627.

Sobre el orden se pueden enfocar sus extremos desde una multiplicidad de ángulos que, naturalmente, resultan inabarcables, aunque existen puntos de vista que se aproximan sugerentemente a la temática vinculada con el terrorismo, aunque en un principio ello no sea del todo claro. El orden implica, desde el punto de vista de la división de poderes, orden y norma¹⁵⁶⁵. Es interesante abordar el tema del orden constitucional desde esta perspectiva porque el espíritu de la organización terrorista, como objetivo político, se orientará necesariamente hacia la vulneración de la propia división de poderes. Ello se buscará alcanzar por medio del poder desestabilizador y cuestionador del poder político, porque en un Estado se considera que el orden mismo de los poderes permite el ejercicio de la libertad¹⁵⁶⁶. Bajo este tenor, si se afecta la división de poderes, se afectará el orden constitucional. Sin embargo, parte de la doctrina critica esta forma de analizar el fenómeno, puesto que considera que orden constitucional no debe ser equiparado a orden institucional como un objetivo que busca la organización para modificar las instituciones de un país¹⁵⁶⁷. La cuestión es que tarde o temprano, como el terrorismo busca el planteamiento de un sistema paralelo de expectativas, que no es otra cosa sino la modificación del Estado adecuándolo a sus intereses, necesariamente la influencia de la organización terrorista deberá de influir en las instituciones gubernamentales de una nación.

Sin embargo, para un sector de la doctrina esto pertenece a un nivel de importancia secundario. Aquello que se persigue de forma inmediata es la creación de una atmósfera de inseguridad con finalidad política¹⁵⁶⁸. Dicha finalidad política habrá de consistir en la modificación de expectativas y por ende en una importante alteración de las instituciones estatales, por lo que, realmente es redundante separar el fenómeno en dos momentos, como si en el primero se buscara generar terror y luego un cambio político. Ambos son dos extremos del mismo fenómeno que no son escindibles. También la doctrina considera que la forma de actuación política de la organización criminal ha de ser, a través de la violencia, tomada como el fin político para el que orienta su actuar¹⁵⁶⁹, es decir, que la violencia es el vehículo de actuación política del injusto sistémico.

Para CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, el orden constitucional al que se ha referido el legislador tiene plena identidad con el artículo 10 de la Constitución española que se traduce en contenidos como el de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la misma¹⁵⁷⁰. La interesante perspectiva expuesta por los autores tiene relación con la concepción de la Constitución como un sistema de valores donde consta, por supuesto, la libertad de la persona como uno de sus pilares fundamentales¹⁵⁷¹. Sin embargo, al hablar de libertad no se debe pensar en la libertad deambulatoria exclusivamente. Habrá de enfocarse el concepto hacia un esquema integral de libertad para el sujeto. Sobre este tema la doctrina alemana se ha pronunciado introduciendo la dignidad, como valor

¹⁵⁶⁵ CLAVERO, Bartolomé, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 23.

¹⁵⁶⁶ CLAVERO, Bartolomé, *El orden de los poderes*, op. cit., pág. 37.

¹⁵⁶⁷ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2605.

¹⁵⁶⁸ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., págs. 2605-2606.

¹⁵⁶⁹ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2606.

¹⁵⁷⁰ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2606.

¹⁵⁷¹ CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, págs. 11-12.

constitucional supremo, que tiene un profundo fundamento en la libertad del hombre¹⁵⁷².

La concepción de los autores citados resulta ser demasiado amplia y distante frente al objeto de protección (orden público) contenido en la norma. Es posible afirmar que bajo ese esquema analítico es viable englobar cualquier especie de delito. Si se traslada el daño generado por el injusto y se relaciona con la “dignidad humana”, entonces prácticamente cualquier delito de los que se mencionan en el catálogo criminal va a vulnerar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Ello no quiere decir que a través de la constitución de organizaciones o grupos terroristas dichas categoría no se vean vulneradas. No obstante, a la luz de los elementos subjetivos del injusto no resulta del todo convincente. Todo ello no implica negar los efectos lesivos del terrorismo incluso para la democracia misma. Esto se traduce en la imposición de una idea política como afrenta directa a la democracia y al pluralismo político por medio de la producción de inseguridad colectiva¹⁵⁷³.

Siguiendo con la concepción del terrorismo contenida en el código de 1995, que fue la misma que se mantuvo hasta el 2010, que contiene naturalmente la de subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública como elemento subjetivo¹⁵⁷⁴, PRATS CANUT hace un breve recorrido por la historia legislativa del terrorismo a partir de 1971, en la que va mencionando los cambios de manera meramente descriptiva, llegando finalmente a la conclusión de que los delitos de terrorismo se encuentran justo en la frontera con los desórdenes públicos y que el criterio diferenciador es la especial trascendencia lesiva en contra del orden público¹⁵⁷⁵. Hay coincidencia en cuanto al bien jurídico, temática que ya ha sido explorada en capítulos anteriores pero que es importante tener presente para un análisis posterior de los elementos subjetivos del injusto. Siguiendo la línea argumentativa del mencionado autor, el hecho de subvertir el orden constitucional implica la presencia de un elemento subjetivo del injusto perteneciente a la categoría de los de tendencia interna intensificada¹⁵⁷⁶ (*recte*: delitos intencionales de resultado cortado). Bajo esta clasificación, el sujeto lleva a cabo la acción señalada en el tipo y depende del sentido que le otorgue a su acción el que sea punible o no¹⁵⁷⁷. Considera que pertenece a esta clasificación el tipo de terrorismo que contiene el multicitado elemento subjetivo, porque no basta con que se altere el orden constitucional sino que es necesario que se lleve a cabo la acción con el ánimo subjetivo de alterar el orden constitucional¹⁵⁷⁸. Esta forma de afrontar el problema no resulta del todo convincente conforme a la moderna redacción del CP. En este sentido, la

¹⁵⁷² CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden*, op. cit., págs. 21-22.

¹⁵⁷³ CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2606.

¹⁵⁷⁴ LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español, parte especial*, 2ª. edic., Tecnos, Madrid, 1996, pág. 577.

¹⁵⁷⁵ PRATS CANUT, José Miguel, “De los delitos de terrorismo”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / José Manuel VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 1579-1580.

¹⁵⁷⁶ PRATS CANUT, José Miguel, “De los delitos de terrorismo”, op. cit., pág. 1582.

¹⁵⁷⁷ “Los delitos de tendencia interna intensificada no suponen que el autor busque algo más que está más allá de la acción típica, sino que realiza ésta confiriéndole un sentido subjetivo específico. Ejemplo: los delitos de abusos sexuales (arts. 181 y ss. CP) requieren ánimo lúbrico en el autor. Así, el ginecólogo no comete delito cuanto toca la vagina de una paciente si lo hace con finalidad médica, pero sí lo cometerá si busca satisfacción sexual al hacerlo”, en Santiago MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 231. (*recte*: delitos de tendencia interna trascendente en su modalidad de motivación sexual).

¹⁵⁷⁸ PRATS CANUT, José Miguel, “De los delitos de terrorismo”, op. cit., pág. 1582.

organización criminal necesariamente habrá de conformarse con dicho objetivo, -o el de alterar la paz pública- y no dependerá del sentido que se atribuya subjetivamente a la misma sobre sus acciones. Más bien desde un principio, habrá de conformarse orientada hacia dichos elementos subjetivos.

Para POLAINO NAVARRETE, el hecho de subvertir el orden constitucional significa que la organización criminal orientará su actuar para vulnerar el sistema democrático a través del ataque a las libertades y al ejercicio legítimo de los derechos por parte de los ciudadanos y, al ser de tan importante valor axiológico, dichos valores se encuentran en el máximo rango constitucional¹⁵⁷⁹. Bajo esta tesis, los ciudadanos son instrumentalizados para que sirvan como vehículo de vulneración en contra de aquellas entidades axiológicas que se encuentran elevadas al máximo nivel y que son el fundamento mismo del orden constitucional.

CANCIO MELIÁ esgrime un interesante planteamiento sobre aquello que se busca perjudicar por medio de las acciones terroristas. Según este autor, el terrorismo busca la alteración del sistema de resolución de conflictos, como fundamento organizativo esencial para la vida en sociedad¹⁵⁸⁰. En términos funcionalistas ello quiere decir que se propone violentamente, o se trata de imponer a través del acto, un marco normativo nuevo que se traduce, en un también nuevo, sistema de expectativas. El legislador al constatar la magnitud lesiva de este tipo de conductas ha decidido proteger el orden público. Sin embargo, se conculca la Constitución junto con los elementos fundamentales para la sociedad que se encuentran contenidos en ella. Para distinguirlos, el legislador ha empleado los elementos subjetivos del injusto exigiendo unas finalidades específicas frente a los delitos contra la Constitución¹⁵⁸¹. La organización habrá de orientar su actuación hacia las bases fundamentales de la plataforma constitucional¹⁵⁸².

Los elementos subjetivos del injusto fueron el común denominador en todos los tipos relativos al terrorismo con anterioridad a la reforma de 2010¹⁵⁸³, lo cual pone de manifiesto la importancia de tales categorías para la política legislativa del Estado español.

Siguiendo con el análisis del primer elemento subjetivo que se encuentra contenido en el tipo penal de conformación de una organización o grupo terrorista, LLOBET ANGLÍ lleva a cabo un interesante estudio de la cuestión. Para la autora existe dentro de la teleología del terrorismo un doble elemento consistente en generar miedo e inseguridad en el conglomerado social, y como efecto de esta situación, producir una

¹⁵⁷⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Delitos contra el orden público (V) Delitos de terrorismo”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español, parte especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 906.

¹⁵⁸⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 1385.

¹⁵⁸¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 1385.

¹⁵⁸² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 183.

¹⁵⁸³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MIRA BENAVENT, Javier “Terrorismo”, en Tomás S VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 1043.

alteración en el orden constitucional¹⁵⁸⁴. En este sentido, del miedo se habrán de derivar consecuencias desastrosas para la estabilidad de la vida en sociedad. La subversión del orden constitucional quiere decir, en términos más concretos, que existe un ataque contra el sistema jurídico en el que se encuentran plasmados los principios del Estado democrático de Derecho¹⁵⁸⁵. El ataque, entonces, sí lleva implícito el elemento político del que tanto se habla en materia de terrorismo, pero este se refleja en el ataque al Derecho mismo, como sistema, y por ende, a las entidades jurídicas que le dan cuerpo, en este caso la Constitución. En la carta magna se encuentran plasmadas las expectativas normativas esenciales, así como las aspiraciones de una nación y bajo este esquema, la organización terrorista anhela lesionar el futuro mismo de un país.

El fenómeno del terrorismo, incluso para HUSTER, puede tener implicaciones tan fuertes como el hecho de un cambio en la concepción misma del orden creado bajo la óptica del mundo occidental que tiene relación con la naturaleza sistémica de la amenaza terrorista¹⁵⁸⁶. En otras palabras, se refiere a un cambio cultural de dimensiones semejantes a la del Renacimiento o la Revolución francesa. Esta situación, que para algunas personas podrá parecer exagerada, puede ser achacada únicamente al terrorismo en su vertiente internacional o concretamente bajo los esquemas de un terrorismo de corte islámico. No obstante dicha afirmación es un espejismo ya que la inmensa mayoría de los movimientos terroristas buscan, en el fondo, un cambio en el régimen. Teleológicamente el terrorismo organizado se orienta hacia el cumplimiento de falacias sociales basadas en el establecimiento impositivo de gobiernos comunistas y semejantes.

GARCÍA SAN PEDRO, al explorar el terrorismo en forma de guerrilla urbana, introduce elementos clásicos de la violencia ciudadana en el sentido que el elemento teleológico consiste en un debilitamiento de la estructura estatal a través de la vulneración de entidades de naturaleza policial y militar¹⁵⁸⁷. Ello tiene una importante dosis de desestabilización, es decir, las actuaciones dirigidas hacia dichos objetivos no demuestra nada más que la absoluta falta de respeto ya no sólo hacia el Derecho sino que es una declaración expresa de guerra en contra Estado. El terrorismo entonces puede ser enfocado como provocación, situación acontecía en los albores del fenómeno bajo los antiguos esquemas anarquistas. La organización criminal, al llevar a cabo ataques hacia objetivos policiales y militares, emite un mensaje comunicativo, ya no sólo de desautorización de la norma, sino de irreverencia hacia el Estado.

El terrorismo organizado, además del debilitamiento cognitivo que implica, emite un mensaje de absoluto desconocimiento de la autoridad y la invita a reaccionar violentamente. El fenómeno, en el fondo, busca esa legitimidad que siempre ha sido su talón de Aquiles. No obstante, bajo este esquema de ataque también puede observarse al terrorismo como una metodología, mediante la cual como en una partida de ajedrez se mueven las piezas para hostigar al rey, que finalmente si cede, se verá condenado a

¹⁵⁸⁴ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Delitos contra el orden público”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (dir.), Ramón REGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006, pág. 375.

¹⁵⁸⁵ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 375.

¹⁵⁸⁶ HUSTER, Stefan, “Terrorismo y derechos fundamentales”, traducción de Ana COLOMER SEGURA, en Ernesto GARZÓN VALDÉS / Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, pág. 18.

¹⁵⁸⁷ GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo*, op. cit., pág. 76.

morir. El terrorismo es un método, por que es una herramienta para llegar a objetivos de diversa naturaleza, es un medio en palabras de GARZÓN VALDÉS¹⁵⁸⁸.

Hasta ahora en el análisis de las doctrinas que se han expuesto, existen dos grandes grupos de opiniones, el primero que observa el fenómeno bajo el prisma de la vulneración a los contenidos y principios del Estado democrático y un segundo grupo que considera que además de ello hay que producir terror, recordándonos el antiguo tratamiento donde el fenómeno se centraba fundamentalmente en la producción de una atmósfera de miedo y zozobra. Sin embargo, hay opiniones que no distan ni titubean al momento de configurar el terrorismo como un fenómeno que tiene una importantísima carga política, y ello, se puede afirmar, es la idea que posee la doctrina mayoritaria que se traduce, precisamente, en el hecho concreto de subvertir el orden constitucional.

Para LAMARCA PÉREZ, la finalidad política es una de las características esenciales para poder categorizar al terrorismo, el elemento teleológico es lo que ha motivado a los legisladores para la sanción de dicho injusto, además de que el mismo poder legislativo ha considerado que el terrorismo implica siempre ataque al sistema constitucional¹⁵⁸⁹. Para ARROYO ZAPATERO, la finalidad política tiene un contenido de aniquilamiento al expresar que incluso son las bandas terroristas las que tienen en jaque al Estado porque su propósito consiste en la destrucción misma del orden constitucional¹⁵⁹⁰. De forma sintética BUENO ARÚS, establece que la finalidad política se traduce concretamente, en el hecho de buscar subvertir el orden constitucional por lo que la finalidad política se encuentra determinada y limitada por el propio tipo¹⁵⁹¹.

El problema es que dicha delimitación, de todas maneras, no genera la claridad deseada. Por más que se trate de definir lo que es el orden constitucional no se puede llegar a una conceptualización concreta que permita elaborar un análisis más o menos certero acerca de lo que se quiere decir con tan importante categoría.

Como es de suponer, en este trabajo no se pretende terminar con el debate acerca de lo que es en sí el orden constitucional. Todas las opiniones son absolutamente respetables. Sin embargo, existen sectores de la doctrina que tiene concepciones diferentes. Para muestra, MORAL DE LA ROSA estima que la finalidad no sólo puede ser política, sino también social, cultural, étnica religiosa, o de cualquier tipo que se lleve a cabo a través de una coacción contra el Estado¹⁵⁹². Si ello es así, entonces se puede resumir la finalidad del terrorismo y redirigirla más bien hacia un cambio radical de la nación, es decir, el terrorismo ha de ser un fenómeno que se propone un cambio cultural ya no sólo político. Esta opinión resulta ser expansiva y busca abarcar todo, dejando la puerta abierta a que cualquier eventualidad violenta pueda encuadrar en el esquema del terrorismo. Establecer que el terrorismo va más allá que el cambio en el sistema político y jurídico es abrir las puertas y ensanchar las garantías del ciudadano.

Para evitar la expansión, en este caso irracional, del Derecho penal, el propio legislador ya desde hace años, ha vinculado expresamente la finalidad política a través

¹⁵⁸⁸ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El terrorismo político no institucional. Una propuesta de definición”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS / Fernando MOLINA, *Terrorismo*, op. cit., págs. 36-38.

¹⁵⁸⁹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 238.

¹⁵⁹⁰ ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos”, op. cit., pág. 406.

¹⁵⁹¹ BUENO ARÚS, Francisco, *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes*, op. cit., pág. 65.

¹⁵⁹² MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 162.

de la vulneración del orden constitucional, como uno de los elementos subjetivos del injusto. De esta manera es posible establecer un dique que limite la fuerza punitiva de la norma a través de tipos penales que puedan ser sometidos a una amplia y peligrosa interpretación. GÓMEZ MARTÍN también abre la senda interpretativa de la norma al afirmar que por subvertir el orden constitucional habrá de entenderse “cualquier finalidad política contraria al orden público”¹⁵⁹³. Esta opinión es coincidente con la tesis que se maneja en el presente trabajo que distingue entre elemento subjetivo del injusto y bien jurídico tutelado. La confusión de dichos elementos debe ser rechazada porque ambos poseen naturalezas distintas.

El bien jurídico es el eje sobre el que gira la razón de ser del tipo penal, es el objeto de protección y que además, sistémicamente ayuda a clasificarle dentro del catálogo delictivo. La doctrina reconoce la dificultad que implica la clasificación de los tipos penales en la parte especial conforme a sus correspondientes bienes jurídicos debido a la enorme variedad de supuestos típicos¹⁵⁹⁴. En ello radica que parte de la doctrina lleve a cabo una identificación, confusa, entre el bien jurídico y los elementos subjetivos del injusto en los delitos de terrorismo. Sin embargo, la literatura debe esforzarse por abandonar este tipo de criterios que no son sino análisis superficiales de la norma escrita, sin poseer una verdadera fundamentación que haga válida la justificación de dicho criterio clasificador. Pareciera que la propiedad clasificadora que tiene el bien jurídico es una solución correcta para la ordenación de los tipos, sin embargo, esto no ha sido reconocido completamente por la literatura comparada¹⁵⁹⁵.

La cuestión radica en que se han propuesto otra clase de sistemas de clasificación que en este espacio resulta imposible explorar. Bajo el mismo orden de ideas, si bien es cierto que el bien jurídico ayuda a clasificar los tipos, también lo es que un sector de la literatura aboga porque sean tomados en cuenta otros criterios para la construcción sistemática del Derecho penal¹⁵⁹⁶.

Dentro de estos últimos podría llegar a ser aceptable en un primer momento que el orden constitucional fuese algo que no forma parte del orden público como bien jurídico protegido en el tipo de terrorismo pero que es digno de protección. Sin embargo, si esto fuese así, el orden constitucional, sería parte de los bienes jurídicos aparentes, tales como la seguridad o la paz pública¹⁵⁹⁷, situación que no traería sino más confusión a la ya de por sí enredada tarea de clarificadora del terrorismo y todo lo que implica dogmáticamente. Incluso ROXIN va más allá y considera que ciertas conductas no concretizan suficientemente aquello que ha de protegerse, manteniéndose como objetos de abstracción inapreciable, y que por ende, no han de ser considerados como bienes jurídicos¹⁵⁹⁸. Bajo este esquema al que nos suscribimos, entonces ni subvertir el

¹⁵⁹³ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo, DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, op. cit., pág. 48.

¹⁵⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, op. cit., pág. 300.

¹⁵⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el derecho penal*, op. cit., pág. 300.

¹⁵⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el derecho penal*, op. cit., pág. 302.

¹⁵⁹⁷ HEFENDEHL, Roland, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del Vol. colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, traducción de Gonzalo MEDINA SCHULZ, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pág. 464.

¹⁵⁹⁸ ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, traducción de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pág. 452.

orden constitucional ni alterar la paz pública deben de ser considerados como bienes jurídicos que se protegen en el tipo penal del artículo 571 del CP español.

Ciñéndonos a la línea de análisis del tipo, no bajo la óptica de los motivos político criminales, sino a través de los elementos subjetivos como categoría dogmática, existe un sector importante de la doctrina que identifica el elemento de subvertir el orden constitucional con el bien jurídico tutelado. Dentro de este segmento doctrinal se encuadra SERRANO GÓMEZ, quien hace plenamente dicha identificación, aunque posteriormente identifica con la concepción del orden constitucional con la opinión de POLAINO NAVARRETE¹⁵⁹⁹. En el mismo sentido, BLANCO LOZANO se adhiere a la opinión de SERRANO GÓMEZ¹⁶⁰⁰. El orden constitucional *como bien jurídico protegido*, ha de referirse a una cuestión de tipo funcional que se traduce en la aplicación, y operación normal de la Constitución, es decir, del aparato de poder¹⁶⁰¹.

La STS 1523/2004 de 23 diciembre señala que “(e)l procesado Joaquín, mayor de edad, sin antecedentes penales en la fecha de la comisión de los hechos, venía participando desde el año 1996, *con ánimo de subvertir el orden constitucional*, en diversas acciones de la denominada *Kale Borroka*, procurando, mediante *actos violentos, la desestabilización social e institucional* del País Vasco”.

En el caso de esta Sentencia, el Tribunal Supremo brinda un ejemplo de aquellos actos materiales en los que consiste y se traduce el elemento subjetivo del injusto. El criterio considera la subversión al orden marcado por la Constitución como una desestabilización estructural del Estado mismo. Al estimar como reflejo del elemento subjetivo del injusto los hechos materiales descritos en el fragmento de la resolución, el sujeto ha procurado en sí, una vulneración al Estado en su integridad. La STS 480/2009, de 22 mayo, define la subversión al orden constitucional por parte del terrorismo organizado: “Dicha organización persigue *la subversión del orden constitucional del Estado Español* mediante graves alteraciones de la paz pública y *la destrucción del Estado de Derecho* en que España se ha constituido por voluntad popular, atacando la vida, la integridad física, la libertad y el patrimonio de las personas”.

El segmento que se ha transcrito es rico en elementos de análisis, porque muestra un criterio “concentrado” de conceptos jurídicos. El tema es que hay una consideración sobre el vehículo a través del cual la organización criminal lleva a cabo su objetivo en contra del orden constitucional. Dicho vehículo entra en acción cuando se atenta en contra de bienes jurídicos de naturaleza individual. De esta manera, el ánimo, que pertenece a la esfera de lo subjetivo, tendrá que trascender externamente en las personas que resultan violentadas en su ámbito de organización.

En la STS 546/2002, de 20 de marzo, el elemento subjetivo tiene mayor desvalor que la mera pertenencia a la organización terrorista: “Lo determinante, en este caso, no es la cualidad subjetiva de ser miembro de una organización terrorista *sino el grave contenido material* de la conducta objetiva realizada por el sujeto”.

Por último la STS 503/2008, de 17 julio, define la finalidad de la actividad

¹⁵⁹⁹ SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., pág. 956.

¹⁶⁰⁰ BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho penal español, Tomo II, el sistema de la parte especial*, Vol. II, delitos contra bienes jurídicos colectivos, J M Bosch, Barcelona, 2005, pág. 681.

¹⁶⁰¹ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág.1602.

terrorista en los siguientes términos: “Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la *finalidad* de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro ámbito por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y atemorizar a la población. De ahí que, cuando se aprecie la existencia de uno o varios grupos organizados que realizan esa clase de hechos con el objetivo de *subvertir* el orden constitucional o de *alterar* gravemente la paz pública, deberá estimarse la existencia de terrorismo”.

D) Alteración grave de la paz pública

El segundo elemento subjetivo del injusto contenido en el tipo penal relativo a la conformación de organizaciones terroristas, es la alteración grave de la paz pública. El análisis habrá de adentrarse en un terreno pantanoso, donde la vaguedad de los conceptos y la variedad de opiniones poseen un peso específico que habrá de repercutir en la dificultad del análisis dogmático. Ya se ha visto la complejidad que implicó la aproximación llevada a cabo en el caso del primer elemento subjetivo, situación que seguramente no cambiará en el presente abordaje.

Alterar significa “(c)ambiar la esencia o forma de algo. Perturbar, trastornar, inquietar. Enojar, excitar. Estropear, dañar, descomponer”¹⁶⁰². El concepto de paz tiene tantos significados como se pueda imaginar. La problemática se agudiza debido a su cercanía con el concepto de orden constitucional. Esto quiere decir que la paz pública y su lesión es una categoría que importa una dificultad mayúscula. Se ha visto anteriormente que incluso autores alemanes como ROXIN la colocan como una categoría de máxima imprecisión. A pesar de ello hemos de aproximarnos a las principales opiniones de la literatura en esta materia, siendo preponderantemente las disertaciones de los juristas españoles las que abundarán para nuestro análisis.

En el tipo penal que es objeto de nuestra investigación, aparece de forma alternativa subvertir el constitucional o alterar gravemente la paz pública. De esta manera, basta con que uno de los dos se demuestre para que el delito se consume. Sin embargo, a pesar de la semejanza ambos elementos no deben de ser confundidos. Una muestra de la complejidad de los límites a dicha categoría la advertimos en las palabras de CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN, para quienes existe una importante *relación entre la paz pública y el orden público* que se habrán de sintetizar en un mismo nivel de valorización que el orden constitucional¹⁶⁰³.

El análisis hasta ahora, conforme a los citados autores, no ha hecho más que ampliar el espectro de confusión en un tema ya de por sí espinoso. Ello se debe a que la introducción de conceptos como orden público y orden constitucional genera un ambiente nebuloso. Para encontrar una solución, se les debe separar y alejar lo más que sea posible frente a conceptos análogos. El orden constitucional, conforme a los mismos autores, se traduce en una situación de naturaleza política que se materializa en el orden político así como la paz social que contiene los derechos, libertades y pluralismo que se plasmaron en la Constitución del Estado¹⁶⁰⁴.

¹⁶⁰² *Diccionario de la lengua española*, tomo I, op. cit., pág. 124.

¹⁶⁰³ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2607.

¹⁶⁰⁴ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios*, op. cit., pág. 2607.

En este sentido, un concepto que puede englobar a los anteriores es la paz pública. Conforme a la STS 2/2009, de 21 de enero: “(...) la paz pública no debe entenderse el orden público en la calle, sino el ataque al ejercicio de los derechos de las personas, el respeto a la dignidad de las personas y a los derechos que le son inviolables, así como el normal desenvolvimiento de las instituciones”.

Para PRATS CANUT, el orden es un elemento de la paz pública/orden constitucional, siendo la primera un concepto de mayor amplitud que requiere condiciones sociales como la justicia para que pueda aflorar¹⁶⁰⁵. En este caso ya se incluye un elemento nuevo que es el de “justicia” como reflejo de un Estado democrático. Ello lleva a preguntarnos si la paz sólo es posible dentro de los regímenes democráticos; hay varias posibilidades, pero no es tan claro que la democracia tenga el monopolio de la paz, y la historia del siglo XX y XXI tiene múltiples ejemplos de que ello no es regla. Sin embargo, para el mismo autor la paz pública también tiene relación con el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales que sólo tienen cabida en democracia.¹⁶⁰⁶ Una vez que ya se ha establecido que en el clima democrático es donde el terrorismo habrá de tener su coto de caza, la paz pública se materializa. La paz pública es una manifestación de la seguridad cognitiva. Una vez materializada puede ser alterada por la organización terrorista, vulnerando, de forma constante y con amplia temporalidad, la vida nacional al atacarse los bienes jurídicos de los ciudadanos¹⁶⁰⁷.

La doctrina propone un elemento temporal. Una desestabilización prolongada a través del ataque a los sujetos conformadores de la sociedad en su esfera de autoadministración, una injerencia que sea constante material y temporalmente. El elemento temporal no hace sino adicionar un ingrediente mayor de dificultad para el estudio del tipo. Un ejemplo puede clarificar: ¿Qué sucede si cierta organización terrorista, de reciente conformación y absolutamente desconocida lleva a cabo un atentado con bomba en una concurrida plaza comercial?, En este caso no hay una prolongación en cuanto a una posible afectación a la paz pública, sino que es simplemente *un hecho* planeado, organizado y ejecutado por la banda, pero que no pasa de ser un hecho aislado. Sin embargo, ello no quiere decir que la paz pública haya permanecido intacta, sino que por el contrario, ha sido afectada gravemente. La prolongación en el tiempo no es un elemento determinante para que la paz pública pueda ser alterada y, en su caso, para que la conducta criminal sea combatida contrafactivamente.

En opinión de LLOBET ANGLÍ, la alteración a la paz pública representa una perturbación en la normal convivencia de los ciudadanos que les priva de la posibilidad de ejercer los derechos que les corresponden por mandato constitucional¹⁶⁰⁸. En términos funcionalistas, esta situación equivale a la imposibilidad de los ciudadanos de desplegar a plenitud su personalidad por falta de elementos de juridicidad.

La autora lleva a cabo una interesante diferenciación sobre las finalidades que persiguen las bandas terroristas cuando se encuentran bajo un aparato gubernamental no

¹⁶⁰⁵ PRATS CANUT, José Miguel, “De los delitos de terrorismo”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo CP*, 3ª. edic., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, pág. 2484.

¹⁶⁰⁶ PRATS CANUT, José Miguel, “Delos delitos de terrorismo”, op. cit., pág. 2485.

¹⁶⁰⁷ PRATS CANUT, José Miguel, “Delos delitos de terrorismo”, op. cit., pág. 2485.

¹⁶⁰⁸ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 375.

democrático y cuando sí se encuentran en un ambiente de democracia. Estima que los terroristas atentan en contra de los sujetos que son representantes del régimen que oprime y por ende los terroristas creen tener legitimidad para su actuar delictivo¹⁶⁰⁹. La diferenciación para fines didácticos tiene un interesante contenido aclaratorio, porque, el terrorismo puede ser ejercido desde el flanco gubernamental como desde la sociedad. En el último caso se opta por una autoexclusión y por abandonar la sociedad civil para conformar injustos de enemistad.

No obstante, el terrorismo desde el punto de vista no gubernamental también constituye un régimen dictatorial. El clima de opresión y la restricción de la personalidad se sufren socialmente a causa del miedo. Este ambiente ha de constituir una forma de alterar la paz pública. Cuando en el territorio de un Estado un sector de la población no puede ser libre por miedo, entonces hay una alteración grave a la paz pública que no puede ser medianamente tolerado por el Derecho. La tolerancia ante tal fenomenología de descomposición social conlleva, tarde o temprano, a una degradación en el tejido normativo que puede llegar a tardar mucho tiempo en reconstruirse.

Volviendo a la conceptualización, en una forma sintética, CARBONELL MATEU afirma que para alterar gravemente la paz pública habrán de llevarse a cabo la comisión de ciertos delitos ejecutados con esa finalidad subjetiva¹⁶¹⁰. Bajo una perspectiva semejante, POLAINO NAVARRETE sostiene que dicho elemento subjetivo es el que caracteriza por excelencia a la actividad criminal terrorista a través de organización, que se transmite a la sociedad por medio de la causación de intranquilidad, desasosiego y temor hacia la ciudadanía, generado a través de la comisión de delitos que producen el terror mismo¹⁶¹¹.

CAPITA REMEZAL, en su análisis sobre la legislación penal antiterrorista, tiene una idea distinta que coloca un nuevo paradigma en el ya de por sí conflictivo terreno de análisis sobre la paz pública. Sin embargo, es por demás interesante su punto de vista al visualizar la paz pública como un concepto que tiene una importante cercanía con la seguridad ciudadana que conforme a la opinión general, quiere decir la protección de los ciudadanos frente a ataques que le generen calamidad o peligro¹⁶¹². Decimos que es una definición que genera conflicto porque ahora hay una semejanza con la seguridad ciudadana, categoría que al igual que el orden público, es de compleja delimitación para su análisis. Prácticamente cada autor, juez o jurista en general, añade o retira un elemento a la problemática. Dicha actividad es plausible desde el punto de vista del análisis exegético, pero no en el terreno de la definición de categorías dogmáticas aplicadas a tipos penales específicos como en el caso de los elementos subjetivos del injusto que se exploran.

BUENO ARÚS estima que los delitos de terrorismo implican una anticipación de la punibilidad a través del castigo de las asociaciones¹⁶¹³, lo cual es novedoso para la época en la que se desarrollaron sus investigaciones aunque sus consideraciones sean

¹⁶⁰⁹ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., págs. 92-95.

¹⁶¹⁰ CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MIRA BENAVENT, Javier, "Terrorismo", op. cit., pág. 1043.

¹⁶¹¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, "Delitos contra el orden público (V)", op. cit., pág. 906.

¹⁶¹² CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., pág. 52.

¹⁶¹³ BUENO ARÚS, Francisco, "Principios generales de la legislación antiterrorista", en Evelio VERDERA Y TUELLS (dir.), Marino BARBERO SANTOS (presentador), RFDUC, *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pág. 138.

críticas y atribuya efectos criminógenos a dicha técnica de combate al terrorismo¹⁶¹⁴. Pero volviendo a la temática que nos compete, para el autor la razón de ser de la normativa antiterrorista radica en la defensa de la justicia y la paz sociales¹⁶¹⁵.

De la misma manera a como sucede con el orden constitucional, para parte de la literatura, el bien jurídico protegido, alternativo al mencionado, es la paz pública, la cual consiste, para CONDE-PUMPIDO, en una entidad que contiene un estado de tranquilidad donde se pueden llegar a suscitar eventualidades o desordenes y vulneraciones menores a la tranquilidad, *por lo que la paz pública habrá de ser diferente al concepto de orden público*¹⁶¹⁶. Sin ánimo de incrementar la ya de por sí confusión imperante, es importante subrayar que la paz, para este autor, representa un concepto mucho más amplio que el orden constitucional. En este sentido, puede llegar a contener en su interior un ambiente donde cierto tipo de vulneración normativa moderada ha de ser tolerada. Lo problemático de esta amplitud en el concepto de paz pública es que no existen límites para comprender hasta dónde ese desorden moderado o esa vulneración mínima es tolerable y cuándo el incremento del riesgo para la sociedad ya no lo es. Son categorías diferentes la paz pública y orden público además de ser manifestaciones del bien jurídico tutelado en el delito de terrorismo¹⁶¹⁷, opinión que no compartimos a cabalidad.

La problemática radica en que enunciados como “perturbar la paz pública” y semejantes no pueden ser considerados como bienes jurídicos debido a su naturaleza extremadamente vaga y ausencia de concreción¹⁶¹⁸.

Una opinión por demás interesante e integradora es la de CARRASCO JIMÉNEZ, para quien los elementos subjetivos del injusto, como elementos de naturaleza teleológica, han de ser complementarios, siendo uno la consecuencia del otro, encontrando fundamento su análisis en la STS 2/1998, de 29 de julio¹⁶¹⁹. Esta opinión es acertada porque en sí, como se ha podido estudiar, para encontrar una forma de análisis clarificadora, se debe cambiar el paradigma del elemento teleológico y dejar de considerarles como dos categorías -subvertir el orden constitucional/alterar la paz pública- diferenciadoras, es decir, separadas, para ser concebidas como complementarias. En el mismo sentido, la seguridad cognitiva puede comprender ambos elementos. En realidad, si se subvierte el orden constitucional, necesariamente habrá de alterarse gravemente la paz pública y viceversa.

Sin embargo, las múltiples y variadas opiniones de la doctrina deben también de ser adicionadas con el punto de vista de las autoridades jurisdiccionales en la materia para poder tener una visión integral de la problemática que existe en torno al fenómeno de la alteración grave de la paz pública.

En el ATS 1099/2006, de 11 de mayo, se establece que “(l)a olla contenía una cantidad de mezcla explosiva suficiente para causar graves daños a la integridad de las personas y a las cosas, potencial lesivo que se vería incrementado por el cierre de la tapa; añadiéndose en el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida que «la

¹⁶¹⁴ BUENO ARÚS, Francisco, “Principios generales”, op. cit., pág. 143.

¹⁶¹⁵ BUENO ARÚS, Francisco, “Principios generales”, op. cit., pág. 135.

¹⁶¹⁶ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1602.

¹⁶¹⁷ CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 1602. En el mismo sentido, Alfonso SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte especial*, 9ª. edic., Dikynson, Madrid, 2004, pág. 1036. En el mismo sentido, Carlos BLANCO LOZANO, *Tratado*, op. cit., pág. 681.

¹⁶¹⁸ ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos?”, op. cit., pág. 452.

¹⁶¹⁹ CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo*, op. cit., pág.132.

colocación (y detonación) de sustancias explosivas contenidas en la olla a modo de bomba en una vía urbana de pública circulación *altera gravemente la paz pública* caracterizada por la seguridad de las calles y atemoriza a la población y que esta era la finalidad perseguida por los acusados tal y como ellos mismos reconocen, si bien matizan que lo único que pretendían era evitar lo que entendían como un ensalzamiento y apoyo al terrorismo etarra»”

En este fragmento de la Sentencia recurrida que se contiene en el auto emitido por el Supremo, consta que el fenómeno de la paz pública es fundamentalmente de tipo urbano y público. Se relaciona con la vida cotidiana, más que con un concepto etéreo de desestabilización de la paz a un nivel regional o incluso estatal. También es interesante que para justificar la intervención de las autoridades españolas sobre hechos potencialmente delictivos, no es necesario que se utilicen medios explosivos de alto nivel tecnológico, ni costosos aditamentos. Basta que los medios empleados puedan ser suficientemente peligrosos y lesivos para que el aparato penal pueda entrar en acción.

La dificultad en el análisis de los elementos subjetivos del injusto se pone de manifiesto en otro fragmento de la propia Sentencia cuando se entiende que al elaborar la olla con las sustancias químicas explosivas lo que se buscaba no era alterar la paz pública sino que se trataba de una mera travesura. La cuestión, independientemente de lo que se haya decidido en el asunto, es que si el análisis se enfoca en el fuero interno de los sujetos, el tema se pierde en un callejón sin salida. Habrá que ir más allá de lo meramente subjetivo para poder averiguar la verdad histórica en el proceso penal.

En la siguiente Sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona se pone un claro ejemplo de la manera en la que se lleva a cabo un razonamiento tanto de los elementos subjetivos como objetivos en el caso de la alteración a la paz pública. El caso que tiene relación directa con el auto anterior emitido por el Tribunal Supremo por tratarse del mismo asunto sólo que manejado en dos instancias distintas la del Supremo y la provincial.

La STS 807/2005, de 26 de julio, señala que “(l)a finalidad indiscutible de alterar gravemente la paz pública (y no de hacer una gamberrada o de perturbar el orden público para impedir el ejercicio de los derechos cívicos que implica la previa existencia y realización por parte de terceros de una actividad pública «ordenada» que «se desordena» lo que traba la calificación del hecho como falta o delito de desordenes públicos) y la capacidad objetiva de hacerlo a través del medio utilizado: un explosivo de notable potencia lesiva colocado en la vía pública y en los alrededores de donde se hallaba prevista la celebración del concierto de Fermin al que, poseyendo como poseía las correspondientes autorizaciones, podían acudir libremente las personas que lo desearan a las cuales (los potenciales espectadores) se pretendía intimidar y atemorizar. Ninguna duda cabe y para ello sobran ulteriores razonamientos que la colocación (y detonación) de sustancias explosivas, contenidas en la olla a modo de «bomba», en una vía urbana de pública circulación *altera gravemente la paz pública* caracterizada por la seguridad de las calles y atemoriza a la población y que esta era la finalidad perseguida por los acusados tal y como ellos mismos reconocen si bien matizan que lo único que pretendían era evitar lo que entendían como un ensalzamiento y apoyo del terrorismo etarra”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 19 enero de 2007: “La

jurisprudencia de esta Sala Segunda sigue la misma línea de equiparación entre banda armada y grupo terrorista, quedando definidas por las notas de utilización de armamento, *capacidad de atemorización a una generalidad de la población y como elemento subjetivo la subversión del orden constitucional o grave alteración de la paz pública*, todo ello teniendo por sustrato la realidad de una organización de personas aún bajo la fórmula de estructura desestructurada con relaciones de jerarquía y subordinación.(...) En lo referente a la grave alteración de la paz pública, de entrada hay que precisar su concepto y distinguirlo de otros. El art. 10 de la Constitución (RCL 1978, 2836) se refiere a la paz social y al orden político como el resultado del respeto a la dignidad de la persona, a sus derechos, al libre desarrollo de su personalidad al respeto a la Ley y a los derechos de los demás. En definitiva, *la paz social es el conjunto de condiciones que permite el respeto de los derechos de todos y el normal funcionamiento de las instituciones en la Sociedad Democrática*. Es un concepto de calado constitucional, y que no puede ser confundido con el concepto de seguridad pública versus orden público al que se refiere el art. 149-párrafo 29 del texto constitucional, con la consecuencia de que la paz social la paz pública, pueden coexistir con episodios de desorden callejero. El concepto de paz social al que pone en cuestionamiento el terrorismo, es, precisamente el del art. 10 de la C.E., y no el más concreto y limitado de la seguridad pública. Pues bien, estimo que la actividad delictiva de kale borroka incide propiamente en el ámbito de la seguridad ciudadana, alterándolo, incluso gravemente, pero los medios que emplean carecen de la idoneidad precisa para alterar gravemente la paz pública, como exige el art. 571 del CPenal. No ignora el autor de este Voto Particular el déficit de libertad individual y social de muchos ciudadanos en Euskadi y Navarra, pero podrá convenirse que la responsabilidad en esa situación hay que endosársela al grupo terrorista Eta, autora de la política de exterminio físico de tantas personas a las que previamente ha desposeído, en su habitual liturgia, de su dignidad y condición humanas, para cosificarlas y reducirlas a la condición de «enemigo», y como tal, de enemigo a abatir. De igual modo Eta es la responsable de la siembra de odio y dolor que ha generado en la Sociedad.”

De los fragmentos de la resolución que han sido transcritos se extraen los elementos desestabilizadores que genera el terrorismo a través de los elementos subjetivos del injusto. Ello se habrá de llevar a cabo partiendo del razonamiento esgrimido sobre ciertos actos cometidos, que para el juzgador que realiza el razonamiento, no pueden ser considerados de la máxima trascendencia desestabilizadora.

II.- Lo objetivo versus lo subjetivo

En la investigación de la ciencia penal es un lugar común que la literatura parta desde plataformas antagónicas al momento de explorar alguna figura o categoría jurídica. Dicha metodología no suele dar ningún resultado concluyente. Desde el punto de vista que aquí se sostiene, se coincide con la opinión de CARRASCO JIMÉNEZ en el sentido que el Derecho penal que combate focos de especial desestabilización no puede ser concebido bajo un prisma absoluto, sino que habrá de relativizarse en sus determinaciones. En este sentido subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública son dos caras de la misma moneda. Son elementos subjetivos que, además de su amplitud, resultan complejos al momento de su demostración.

Un ejemplo interesante de ello es el Auto 1099/2006, de 11 mayo, citado

anteriormente y que estudia un caso en el que fue utilizada una olla con explosivos durante una concentración popular. Naturalmente que dicha manera de actuar representa un incremento en el riesgo que ya no puede ser tolerado por la norma, pero ¿ello es suficiente para que puede llegar a ser considerado como terrorismo?, independientemente del resultado, de la Sentencia, lo que aquí interesa es que la utilización del medio es independiente del ánimo que ha acompañado el empleo del mismo.

Si se piensa en un supuesto distinto, como en el caso de un grupo de jóvenes que compran fuegos artificiales y los arrojan al arroyo vehicular manifestando externamente su oposición a cierta medida gubernamental ¿ello es terrorismo? La respuesta es oscura porque puede llegar a pensarse que una “gamberrada”, puede estar cargada fuertemente, de un ánimo contrario al sistema normativo y ser sancionado como terrorismo. En cambio, puede estimarse que tales actitudes no pasan de ser meramente actos de vandalismo urbano a escala menor. Hay doctrina y jurisprudencia de todos colores y para cada gusto.

Esta situación, naturalmente, no es ni atribuible a la doctrina ni a la jurisprudencia, sino a la concepción que se tiene del análisis jurídico. El elemento subjetivo del injusto, realmente, es indemostrable de una tosca manera objetiva y este es el núcleo del problema, por cuanto apreciar mediante conjeturas racionales deducidas de la conformación y sentido de los actos realizados, al igual por otro lado que el dolo como general elemento subjetivo constante en el tipo de injusto de todos los delitos dolosos. No hay otros elementos probatorios que aquellos que son racionalmente obtenidos y resultan aplicables al proceso penal, como advertía Antonio QUINTANO RIPOLLÉS (si el corte se dirige cverteramente a la yugular de la víctima o el disparo del arma a la cabeza, con conciencia y voluntad de lo que se hace, cabe racionalmente estimar que hay dolo homicida). Si unos sujetos colocan explosivos caseros en un contenedor de basura y éste se enciende estrepitosamente, en verdad, no hay manera de demostrar si con ello buscan atemorizar al barrio entero o solamente es una forma de protesta violenta, o cualquier cosa que se pueda imaginar. La demostración de lo subjetivo no es demostrable sino por la vía de la racionalidad de aplicación de los medios de prueba ordinario en el proceso penal. Al margen de ello escudriñar en las raíces de la conciencia y la voluntad de los ciudadanos es una labor complicada y vaporosa en cuanto a su legitimación. El Estado debe mantenerse lejos del fuero interno y ha de limitarse a la valoración de la conducta voluntar y externa, participada socialmente, pero no en su aspecto naturalístico o fenomenológico sino en su pleno significado de racionalidad de acción voluntaria con sentido comunicativo. En aras de esa búsqueda por la vía de la presunción se ha violentado la dignidad de la persona y ha dado pie a episodios oscuros en la historia del Derecho penal.

Así pues, el Derecho no puede desconocer que el ánimo que determinan las acciones de los seres humanos tienen un contenido que es de importancia para la norma como modelo de orientación.

Explorar en lo subjetivo habrá de alejarnos cada vez más de lo normativo y, por ende, de aquello que permea en la sociedad fuera de los límites del sujeto como entidad corpórea, para adentrarnos en los terrenos lo psicológico. La psicología es antagónica de

lo objetivo¹⁶²⁰. Lo psicológico habrá de apartarse de lo normativo. Para el análisis es complicado demostrar que lo expresado externamente por el sujeto tiene una correspondencia con el fuero interno.

Existe un fenómeno donde hay una diferenciación entre el sujeto y el entorno social que lo rodea. De esta manera el mundo ha de ser concebido como una fusión entre aquello que puede ser alterado por el sujeto y aquello que no, y dicha posibilidad de alteración del mundo por parte del sujeto es un conocimiento generalizado¹⁶²¹. Así, el sujeto, a pesar de su esfera interna, no podrá permanecer dentro de una burbuja en un hermetismo absoluto.

Dentro del universo interno en la mente del sujeto habrá de especularse acerca de las motivaciones que fundamentarán los actos¹⁶²², pero esas motivaciones no podrán más que permanecer en lo interno del sujeto. “El motivo que incentiva la experiencia actual es la consecución del fin; el fin es la experiencia anticipada en el proyecto”¹⁶²³. El análisis entonces en el momento presente se encuentra deambulando en las profundidades de la mente del sujeto. “Desde el punto de vista del observador, el pensamiento no tiene una forma tan fácilmente captable por el agente, como lo es para el mismo que lo piensa. Cuando uno mismo piensa, es consciente que ello; pero, ¿cómo puede saber si su prójimo piensa? En primer lugar, él sabe por propia experiencia que no puede vérselo pensar -ni mucho menos qué es lo que piensa-. En este sentido, los pensamientos son «libres de peaje»¹⁶²⁴. De esta forma, realmente no es posible averiguar lo que alguien está pensando, situación que a pesar de parecer tan obvia, es relevante para la temática de los elementos subjetivos del injusto.

El pensamiento, sencillamente, no puede ser descifrado por medio de la conducta¹⁶²⁵. Esto quiere decir que el fuero interno es inexpugnable. Además de ello, los pensamientos en sí, no pueden transformar al mundo de forma práctica¹⁶²⁶, lo cual entonces le ha costado a la esfera de lo subjetivo ser replegada a un segundo plano. Esto es interesante porque posee verificación empírica; cualquier sujeto en la calle puede pensar lo que se le antoje, pero no puede hacer lo mismo materialmente. Las personas son libres absolutamente, en su pensamiento, pero no así en su actuar. Por ejemplo: un sujeto puede observar a una mujer hermosa por la calle, sentirse atraído y pensar en que le gustaría besarla; sin embargo, ello no lo legitima para hacerlo en la vida práctica, material, y si lo hace puede incurrir en una conducta de tipo delictiva, incluso se puede presentar una situación en la que dependerá del pensamiento si dicha conducta es delictiva o no, como el clásico ejemplo de la doctrina de los elementos subjetivos del injusto en el que un médico ginecólogo realiza su trabajo con sus manos, pero si lo hace con la tendencia subjetiva de la satisfacción de un placer sexual, entonces la conducta ya excede del rol de médico y devendrá en delictiva por tendencia interna intensificada. Naturalmente que este ejemplo de laboratorio encontrará múltiples problemas en el

¹⁶²⁰ PFANDER, A., *Fenomenología de la voluntad. Análisis psicológico*, traducción de Manuel G MORENTE, Revista de occidente, Madrid, 1931, pág. 10.

¹⁶²¹ LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, traducción de Francesc BALLESTEROS, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 31.

¹⁶²² LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, op. cit., pág. 37.

¹⁶²³ LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, op. cit., pág. 37.

¹⁶²⁴ LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, op. cit., pág. 46.

¹⁶²⁵ LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, op. cit., pág. 46.

¹⁶²⁶ LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, op. cit., pág. 48.

terreno de lo probatorio sobre dicho ánimo reprochable, lo que demuestra, una vez más, que el lado subjetivo es indemostrable.

Ya desde la época de CARRARA, se sabía que había “algo” perteneciente a lo interno que revestía determinada importancia para el estudio del delito; el maestro italiano, en el Programa de Derecho penal, trata acerca de la fuerza moral del delito como componente del acto interno del sujeto¹⁶²⁷. Ello dentro de la categoría de las llamadas fuerzas del delito que desarrolló y que la suma de estos elementos dan lugar a la conformación del delito mismo; bajo este esquema conceptual, el delito no es meramente un hecho¹⁶²⁸. El delito es una confrontación, un choque de fuerzas que se oponen al Derecho y existen dos especies, la fuerza moral y la física, la primera de ellas, *fuerza moral subjetiva*¹⁶²⁹.

Dando un salto en el tiempo, JAKOBS estima que “(e)l autor no está defectuosamente motivado sólo según su parecer, sino con arreglo a su comportamiento”¹⁶³⁰. De esta manera, todo aquello que pertenece a lo interno del sujeto, plantea importantes dificultades para su demostración, bajo un orden jurídico-penal que se digne de ser lo suficientemente serio para encuadrarse como un componente del Estado democrático de Derecho. Lo externo es lo que fundamenta de idoneidad de un comportamiento no orientado correctamente, aunque dicha falta de motivación hacia la norma, descansa sobre elementos de tipo subjetivo. La situación se clarifica si se piensa al revés: ¿qué sucedería si el sujeto actúa objetivamente conforme a Derecho, pero subjetivamente siente una repulsión absoluta a la norma misma?, realmente la situación es irrelevante para el Derecho penal, puesto que la motivación o no motivación de la norma sólo tiene importancia cuando se traduce externamente. Bajo este orden de ideas, dentro del universo de posibilidades y motivaciones subjetivas que rodean al terrorismo, el legislador se limitó a establecer dos elementos subjetivos, subvertir el orden constitucional o vulnerar gravemente la paz pública han de ser racionalmente comprobables conforme al significado social de la conducta en que anidan y la comprensión lógica de la conducta del autor en el contexto.

La verdadera importancia del acto y la peligrosidad se hace patente a través de la estructura organizada del injusto sistémico -organización terrorista-; ello porque la estructura de los delitos de organización es el vehículo idóneo para la desestabilización social y por ende del cuestionamiento sobre la validez del universo normativo donde esta ha de operar. De esta manera, será la promoción, constitución, organización y dirección de una organización terrorista lo que fundamentará, verdaderamente, la punición de dichas conductas, independientemente del elemento subjetivo que las impulse a ello.

Incluso un grupo de personas pueden organizarse con las mejores intenciones, en el ámbito de lo subjetivo, pero ello es independiente a la trascendencia objetiva de dicho ánimo. Una organización, en lo subjetivo que ha motivado su conformación, puede encontrarse abanderada bajo los más altos valores humanos, pero si en el mundo

¹⁶²⁷ CARRARA, Francesco, *Programa de derecho criminal, parte general*, Vol. I, op. cit., pág. 155.

¹⁶²⁸ CARRARA, Francesco, *Programa*, op. cit., pág. 63.

¹⁶²⁹ CARRARA, Francesco, *Programa*, op. cit., págs. 68-70.

¹⁶³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 596.

fenomenológico la organización se equipa con armamento ya no se puede permanecer en la esfera valorativa de lo subjetivo, sino que se pasa al ámbito de lo desestabilizador objetivamente.

En forma sintética es viable afirmar que los medios que emplea el terrorismo, como organización, pertenecen a la esfera objetiva y que, conforme a la concepción que aquí se defiende, el elemento subjetivo, *per se*, carece de trascendencia. Si los medios que se emplean en la comisión del delito son inidóneos, la intención es meramente un elemento secundario. Sólo tiene determinado sentido aquello que es “subjetivo” cuando se encuentra vinculado estrechamente, con una conexión a un medio generador de peligro, como la organización criminal, que sea desestabilizadora de la sociedad.

De esta manera se puede afirmar que la subjetividad pura es indemostrable. Como lo expresa MAURACH, la parte subjetiva del tipo se refiere a motivos, tendencias e intenciones¹⁶³¹, pero sin elementos objetivos idóneos aquellos carecen de importancia, y con ello no se afirma un regreso al causalismo naturalista, sino que por el contrario, el delito de conformación de organización criminal debe ser analizado, como aquí se busca, a través del prisma del funcionalismo.

El hombre como ser libre tiene una responsabilidad por su papel como ser social o como lo señala ANTAKI: “(...) el hombre sólo es libre porque es un ser vivo en un mundo organizado; sólo es un hombre real porque posee una libertad capaz de hacerlo reaccionar ante lo real”¹⁶³², y esta libertad ha de ser traducida en el mundo fenomenológico, es decir, en el ámbito de lo asequible objetivamente.

¹⁶³¹ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 268.

¹⁶³² ANTAKI, Ikram, *Filosofía/Espiritualidad*, Planeta, Ciudad de México, 2002, pág. 257.

CAPÍTULO IX

AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN CONFORMATIVA: ANTI JURIDICIDAD FORMAL

I.- Introducción al sistema de las causas de justificación

Sintetizar en un solo capítulo la relación existente entre las causas de justificación y la organización terrorista no es labor sencilla. Ante ello la metodología a emplear consistirá en una breve exposición de aquellos tipos permisivos que tenga relación con la temática de la conformación del injusto. El análisis no se desarrollará en un contexto semejante al de un manual de Derecho penal, sino que se vinculará directamente al fenómeno delictivo que se viene estudiando.

Para comenzar la labor, es importante tener presentes las palabras de VALLE MUÑIZ, al reflexionar sobre la compleja naturaleza de la antijuridicidad, como categoría donde se concentran los elementos del injusto y aquellos presupuestos que lo gradúan¹⁶³³. El sistema de Derecho penal no debe escindirse de la política criminal¹⁶³⁴, sin que ello implique que en este trabajo consideremos que el Derecho deba de ser asumido como un sistema roxinniano abierto a fines de política criminal. Sin embargo, los tipos permisivos contenidos en las causas de justificación se encuentran estrechamente vinculados con la política criminal. De esta manera la antijuridicidad tiene un profundo sentido como radar histórico-axiológico¹⁶³⁵. A pesar de ello Sanz MORÁN es crítico incluso en considerar la existencia de un “sistema” de causas de justificación¹⁶³⁶.

La literatura señala comúnmente que las causas de justificación son eventos extraordinarios en los que el legislador ha permitido que se lleve a cabo una conducta que es típica. Son situaciones excepcionales valoradas positivamente por la sociedad. Cuando un sujeto despliega la conducta señalada en la descripción penal, se presenta un fenómeno indiciario de antijuridicidad¹⁶³⁷ pero, como se indica en la propia terminología, este es sólo un indicador que puede ser desvirtuado si se acreditan los extremos exigidos para que la conducta encuadre en una causa de juridicidad.

Se puede realizar el ejercicio mental de imaginar una agrupación terrorista que se conforma, dentro de los esquemas organizativos ya explorados, y examinar si ello puede llegar a encontrar una justificación en la norma. En el plano del análisis práctico ello es imposible. Sin embargo, fundamentar dicha imposibilidad implica el análisis de múltiples elementos que bien vale la pena trabajar y que son parte de la exploración científica del terrorismo organizado.

En cuanto a la conformación de la organización terrorista, pueden ser interesantes las figuras de la legítima defensa y el estado de necesidad. Entendiendo que éstas pudieran encontrar amparo, desde el punto de vista del terrorismo, gracias al

¹⁶³³ VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pág. 41.

¹⁶³⁴ MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, pág. 7.

¹⁶³⁵ MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima defensa*, op. cit., pág. 10.

¹⁶³⁶ SANZ MORÁN, Ángel José, “Naturaleza del sistema de justificación”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU (dir.) / Lucía MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 44-45.

¹⁶³⁷ LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Diego Manuel LUZÓN-PEÑA / Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, pág. 32.

encumbramiento de ideales libertarios e independentistas, en aras de cumplir con el destino o voluntad de un pueblo determinado. Por otra parte, categorías como el consentimiento del ofendido o el cumplimiento de un deber se antojan francamente difíciles de vincular con los extremos conformadores del injusto sistémico.

Se afirma que las causas de justificación son un sistema porque son la demostración comunicativa del legislador y por ende de la sociedad. Para JAKOBS, el comportamiento amparado bajo una causa de justificación es socialmente aceptado y por ende tolerable¹⁶³⁸. A través del sistema, la norma permisiva de la causa de justificación queda materializada. Parte de la doctrina se refiere a estas como tipos de causas de justificación.

Para JESCHECK, la causa de justificación tiene una íntima relación con la voluntad del agente al momento de haber desplegado la conducta¹⁶³⁹. Dicha afirmación puede llegar a coincidir con el terrorismo conformativo, en razón que lo más lógico, será que la conducta que objetivamente y típicamente es organizativa, en realidad sea estimada como política, asociativa, con un profundo contenido de reivindicación de una posición social. En este sentido, los participantes en la conformación del sistema ideológicamente encuentran justificación para su actuar ilícito. De esta manera el valor que justifica el terrorismo asociativo, tendrá un mayor nivel jerárquico que el valor *orden público* contenido en el mundo de la comunicación entre ciudadanos. La situación planteada puede ser justificada desde el punto de vista de los conformadores del tipo penal. No obstante la reivindicación social pierde sentido democrático al ser mediada por la violencia.

La existencia de un sistema de causas de justificación ha de representar un importante grado de evolución dentro de una sociedad¹⁶⁴⁰. El entramado comunicativo que existe como núcleo normativo de la misma sólo puede alcanzarse cuando existe un importante grado de discernimiento comunitario. En otras palabras, la sociedad manifiesta comunicativamente que existen determinados supuestos, excepcionales, bajo los que el comportamiento típico puede ser autorizado (no disculpado). Dicha situación implica necesariamente la existencia de un entorno social altamente evolucionado. ¿El terrorismo qué tiene que ver con este fenómeno evolutivo? Desde la perspectiva que aquí se propugna ello significa que el terrorismo organizativo implica una involución social, es un marco de atraso en el grado de sociabilización y de comunicación imputable a los miembros que dan cuerpo al injusto.

El estudio de la antijuridicidad en cuanto al examen de las causas de justificación, ha tenido como principio rector para todos los supuestos, el de bien jurídico superior o de interés preponderante dentro del marco de las colisiones de intereses¹⁶⁴¹. Ello como fundamento común de dichas causas permisivas. La cuestión relativa al interés preponderante puede ser el argumento principal que esgriman las organizaciones terroristas para justificar su conformación. De esta manera se da inicio al conflicto comunicativo sobre una base axiológica y con una finalidad desestabilizadora.

¹⁶³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág.419

¹⁶³⁹ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 512.

¹⁶⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 420.

¹⁶⁴¹ LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, "Causas de atipicidad", op. cit., pág. 32.

El sistema terrorista se considera a sí mismo como un sistema de defensa popular, situación que justifica y legitima su conformación.

Parte de la doctrina, en cuanto al origen de las causas de justificación, afirma que estas dimanar de la norma, sin ser la fuente exclusiva, entendiéndose de otra manera que no será el subsistema normativo la única fuente de dichas categorías excepcionales¹⁶⁴². Si se comprende al Derecho como un subsistema cerrado, hermético a través de la clausura operativa, entonces la única fuente, real, efectiva y que se aplica a la realidad histórica circundante, ha de ser la norma misma. Ello no significa que si la fuente es cerrada, entonces haya de observarse a las causas de justificación como un sistema pétreo, sino que deberá de estar atento a cierta flexibilización conforme la sociedad lo va demandando¹⁶⁴³.

Las causas de justificación contienen elementos objetivos y subjetivos, razón por la que los tipos permisivos se encuentran en permanente debate. Naturalmente existen una serie de argumentos pendulares entre ambas posturas¹⁶⁴⁴ que se centran en una discusión sobre la trascendencia de una determinada finalidad y el conocimiento sobre si la conducta que se lleva a cabo es consciente en la mente del sujeto como una causa de justificación. Sin embargo, a pesar de que se han escrito ríos de tinta y el debate no ha sido pacífico, existen posiciones moderadas que consideran que la parte objetiva de la causa de justificación tiene que estar acompañada de un elemento subjetivo de manera excepcional¹⁶⁴⁵. No obstante, es cierto que existen determinadas causas de justificación, como el cumplimiento de un deber, donde dicho elemento de subjetividad carece de importancia y sólo trasciende la existencia de dicha obligación de garante, en este sentido TRAPERO señala como paradigma el caso de los funcionarios públicos.

En síntesis, se puede afirmar que existen dos grandes planteamientos sobre la existencia de los elementos subjetivos en las causas de justificación, posturas que suelen ser clasificadas paralelamente a la historia de la evolución de la dogmática, en una primera causalista y una posterior que salió a la luz con el descubrimiento de los elementos subjetivos del injusto y que generó la exploración de los elementos subjetivos pero transportados a las causas de justificación¹⁶⁴⁶. La temática en comento tiene especial importancia debido a que, como lo mencionan los planteamientos generales de los elementos subjetivos en las causas de justificación, habrá de estudiarse si una acción que objetivamente puede ser tipificada como conformación de una organización terrorista puede, o no, estar amparada en alguna causa de justificación.

La discusión sobre una concepción puramente objetiva o acompañada de elementos subjetivos, también ha sido abordada por la jurisprudencia española como lo demuestra el trabajo de TRAPERO, en el sentido que conforme a la STS 14-3-1973: “El fundamento de la legítima defensa es el instinto de conservación sentido por todos los hombres dentro de sí. Esta eximente reviste un carácter objetivo, o lo que es lo mismo, que la acción defensiva es justa en sí misma, independiente, por lo general, de los

¹⁶⁴² LÓPEZ MESA, Marcelo J / CESANO, José Daniel, *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 108.

¹⁶⁴³ LÓPEZ MESA, Marcelo J / CESANO, José Daniel, *Antijuridicidad y causas*, op. cit., pág. 112.

¹⁶⁴⁴ Vid. TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 9 y ss.

¹⁶⁴⁵ TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 70.

¹⁶⁴⁶ LÓPEZ MESA, Marcelo J / CESANO, José Daniel, *Antijuridicidad y causas*, op. cit., pág. 130.

móviles y estado de ánimo del que se defiende”¹⁶⁴⁷. El fragmento pone de manifiesto una concepción meramente objetiva de las causas de justificación. No obstante, el razonamiento del Tribunal no resulta convincente. Incluye en el mismo análisis elementos pertenecientes a los aspectos más profundos de la naturaleza humana como lo es el impulso de defensa y le considera *per se* como algo objetivo común a todos los seres humanos, sin tomar en cuenta que pueden darse casos en que el defensor lo hace simplemente por el placer de matar o lesionar al agresor, en ejercicio una defensa legítima. Si el razonamiento fuese verdadero, entonces habría que replantear los elementos que componen el exceso en la legítima defensa. En el plano del injusto de sistema, la antropología ha demostrado que el ser humano tiende naturalmente a asociarse. Las agrupaciones humanas defienden sus valores de forma asociativa. Sin embargo, ello no justifica la defensa de valores grupalmente a través de las armas.

TRAPERO realiza una interesante crítica acerca de la concepción meramente objetiva de las causas de justificación en los siguientes términos. La norma penal no prohíbe que se lleven a cabo acciones con una finalidad no permitida, lo trascendente es la prohibición de llevar a cabo acciones u omisiones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, existiendo un error en la concepción objetiva al confundir lo objetivo de la antijuridicidad que debe ser considerada como prohibición general de una conducta que lesiona, y no a la finalidad que busque alcanzar el sujeto¹⁶⁴⁸.

Para JAKOBS, resulta viable la división de lo objetivo y lo subjetivo en el seno de los elementos pertenecientes a las causas de justificación¹⁶⁴⁹. El ejercicio de la causa de justificación en su aspecto objetivo, no habrá de defraudar la expectativa, sin embargo, si el debate se adentra en la esfera de lo subjetivo, la solución no es tan clara. La pregunta es si el sujeto que ejecuta la causa de justificación debe conocer que efectivamente se encuentra amparado por la misma o si por el contrario la cuestión carece de relevancia. “Así pues, ha de exigirse dolo de justificación, pero no intención de justificación-p.ej., la defensa-, pero no la eficacia jurídica de la justificación -la autorización-”¹⁶⁵⁰. Entendiendo este dolo como evitabilidad, de tal suerte que un sujeto que defiende a su pareja sentimental y que da muerte al agresor, bajo el amparo de la legítima defensa ha de concebir, dentro de su esfera volitiva, la intención de defender a quien ama, más no la de matar autorizadamente. Esta temática plantea un importante terreno para el análisis debido a que la causa de justificación, como fruto de una evolución social, no habrá de ir orientada, en este caso concreto hacia la autorización de la muerte *per se* sino hacia la autorización de la defensa con las consecuencias que de dicha eventualidad puedan acontecer. En este contexto un grupo de personas pueden

¹⁶⁴⁷ TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 48, nota 77.

¹⁶⁴⁸ TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 63.

¹⁶⁴⁹ “En orden a la solución hay que establecer lo siguiente: Los elementos de las causas de justificación que han de concurrir realmente (objetivamente *ex post*) existen con independencia de que hayan sido conocidos. Pero también en los elementos de la justificación que vienen contruidos por un juicio objetivo *ex ante* la justificación está conectada al juicio virtual, no al hecho de su efectiva posición psicológica; e incluso en aquellos elementos en los que la determinación subjetiva *ex ante* basta para la justificación, la situación del juicio no se puede separar del hecho psíquico del juicio. En definitiva, es, pues, posible la separación de situación justificante objetiva y subjetiva”, en Günther JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 432.

¹⁶⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 433. Sin embargo, Trapero considera que la traslación del dolo que pertenece al injusto a las causas de justificación o en otras palabras, la equiparación de los elementos subjetivos en el tipo y la parte subjetiva en las causas de justificación no ha sido apoyada por la literatura mayoritaria, en María A TRAPERO BARREALES, *Los elementos subjetivos*, op. cit., pág. 12.

declararse como “patriotas” y defender su país de manera organizada. No obstante la agrupación que actúa con ánimo de defensa patriótica *no puede eliminar* a sus enemigos *justificadamente*.

Bajo un esquema clarificador, la doctrina expone ejemplos de aquellos elementos volitivos que fundamentan los elementos subjetivos de las causas de justificación como el ánimo de defender en la legítima defensa, el de salvación en el estado de necesidad, y el de ejercer el derecho o el deber¹⁶⁵¹. Estos parámetros sirven para comprender el contenido real de la voluntad del sujeto para que al momento de la consumación de la defensa, se pueda librar de problemas ante una potencial imputación de un resultado antijurídico. El hecho de que existan “ánimos”, como expresión nuclear de la voluntad del agente, equivale al de actuar para defenderse, salvaguardar, o ejercer un derecho y entonces para que pueda hablarse de una causa de justificación, debe existir un elemento volitivo que se fundamente en un valor positivo de la acción como contrapunto al valor negativo de la agresión¹⁶⁵².

Si con estas premisas sobre la cualidad anímica de la que habrá de estar revestida la conducta del sujeto, se lleva a cabo un análisis con orientaciones hacia el injusto sistémico, entonces cuando los sujetos conformen una organización de tipo terrorista, buscarán hacerlo bajo el amparo de una justificación anímica defensiva o de salvaguarda. Es la razón por la que los miembros de las organizaciones no se autoconsideran como delincuentes, sino como luchadores políticos o sociales, temática que será analizada puntualmente cuando se exploren las características de la legítima defensa y el estado de necesidad en el presente capítulo.

Sin embargo, para LUZÓN-PEÑA, este ánimo no es un requisito esencial para que se pueda llevar a cabo la configuración de la causa de justificación, sino que la interpretación de lo que implica la “defensa”, “salvaguarda”, “ejercicio de un derecho”, debe estudiarse a la luz de un sentido objetivo bastando con que el sujeto conozca objetivamente la situación justificadora para que carezca de importancia el valor positivo de la acción¹⁶⁵³. Esta concepción tendiente a una postura clásica encabezada por el causalismo ya no es la dominante en países como Alemania. Así lo expone MIR PUIG, al hacer mención a que en dicho país se ha adoptado modernamente una posición intermedia, de tal manera que la justificación se compone de un segmento objetivo y otro subjetivo¹⁶⁵⁴. Bajo este esquema y en relación con el tema del “ánimo”, se posiciona estableciendo un paralelismo con el dolo del tipo, de tal suerte que para la causa de justificación es necesario el conocimiento de los presupuestos objetivos y que además sean queridos por el agente sin que se necesite ninguna especie de ánimo¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵¹ LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad”, op. cit., pág. 38.

¹⁶⁵² LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad”, op. cit., pág. 38.

¹⁶⁵³ LUZÓN-PEÑA, Diego Manuel, “Causas de atipicidad”, op. cit., pág. 39.

¹⁶⁵⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 419.

¹⁶⁵⁵ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 419. En el mismo folio el autor pone el siguiente ejemplo que tiene plenos efectos clarificadores: “Para la legítima defensa es necesario no sólo defenderse objetivamente, sino también saber que se está repeliendo una agresión ilegítima. Pero no es precisa un ánimo especial de defenderse legítimamente, sino que cabe actuar por odio u otro móvil”.

Para SANZ MORÁN, la doctrina mayoritaria en España y Alemania se orienta hacia una separación entre el elemento subjetivo de justificación y los móviles del autor¹⁶⁵⁶, entendiendo por estos últimos la noción que formula TORÍO LÓPEZ en los siguientes términos: “(...) coloración subjetiva como conjunto de deseos, pasiones y emociones que impulsan la acción”¹⁶⁵⁷. El problema de los móviles expresados por TORÍO LÓPEZ consiste, efectivamente en que dicha categoría cae dentro de las profundidades de la mente humana, lugares donde ni siquiera la psicología ha podido tener éxito en sus exploraciones, por lo que estimamos que el Derecho, y en especial el Derecho penal, debe alejarse rotundamente frente a dichas categorías que se encuentran inmersas en una neblina ontológica tan poco explorada. Nos sumamos a los autores que establecen el paralelismo entre dolo y elementos subjetivos de justificación¹⁶⁵⁸. La cuestión relativa a esta consideración genera un abanico de supuestos que se extienden a supuestos clásicos del dolo que usualmente se estudian en el tipo como casos de dolo eventual¹⁶⁵⁹.

El paralelismo entre dolo y elementos subjetivos de justificación es especialmente claro en JAKOBS y STRATENWERTH¹⁶⁶⁰, refiriéndose este último a una dirección de la voluntad¹⁶⁶¹. Una cuestión interesante es el tema de la prueba para efectos de la dirección de la voluntad. Se antoja complicado que dentro de un juzgado se puedan exponer con claridad, y sobre todo demostrar, los extremos que conciernen a los elementos subjetivos de manera independiente de ciertas características objetivas.

Para JESCHECK, debe existir un empate entre el ánimo del autor y la intención de la proposición permisiva para que de esta manera quede eliminado el disvalor del evento¹⁶⁶². En el caso del terrorismo, entonces, también deberá de existir una coincidencia entre la acción de conformar una organización terrorista y el espíritu defensivo de la causa de justificación. Esta es la razón principal por la que es importante para nuestro examen, tener alguna noción sobre el aspecto subjetivo dentro de las causas de justificación. No debe pasar desapercibido que el debate es constante en lo que se refiere a los elementos subjetivos y que existe una importante falta de claridad conceptual que genera grandes dificultades a la hora de explorar la temática¹⁶⁶³.

A pesar del evidente interés que representa dicha temática, para la cuestión referente al tema de la presente investigación, es necesario explorar estas cuestiones a través de los conceptos de desestabilización social e inseguridad cognitiva. Si bien es cierto que un moderno estudio de Derecho penal no debe echar por la borda el aspecto subjetivo del delito, también lo es que para los conceptos mencionados anteriormente, en realidad el aspecto subjetivo ocupa una posición secundaria y lo verdaderamente

¹⁶⁵⁶ SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos de justificación*, José María Bosch, Barcelona, 1993, pág. 38.

¹⁶⁵⁷ SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos*, op. cit., pág. 34.

¹⁶⁵⁸ Vid. SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos*, op. cit., págs. 29-31.

¹⁶⁵⁹ SANZ MORÁN, Ángel, *Elementos subjetivos*, op. cit., pág. 42.

¹⁶⁶⁰ “Puesto que los elementos subjetivos de justificación constituyen la contrapartida de los elementos subjetivos del tipo, queda confirmado que, en el ámbito de los delitos dolosos, forman parte de toda causa de justificación”, en Günter STRATENWERTH, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 223.

¹⁶⁶¹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 223.

¹⁶⁶² JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 353.

¹⁶⁶³ TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos*, op. cit., págs. 9-10.

relevante será precisamente ese grado de inseguridad cognitiva que forma parte de lo objetivo dentro del estudio de la figura de la organización terrorista.

A través de este esquema brevísimamente esbozado no será de singular importancia ese aspecto subjetivo en el caso de la organización terrorista que a sí misma se considera como un grupo político. Para el Derecho penal moderno, lo relevante será que aunque los miembros se consideren o posean un ánimo de cualquier clase, están constituidos de una manera tal que es antijurídica, desencadenando una importante desestabilización social. Es importante subrayar que la organización criminal ya es punible por el mero hecho de haberse conformado. El Derecho penal no tiene (ni debe) esperar a que se cometan los delitos fin para los que se ha conformado el injusto sistémico, este es el fundamento esencial del adelantamiento de la barrera de protección y es la columna vertebral del Derecho penal del enemigo.

El ánimo subjetivo ha de ir de la mano necesariamente con una cosmovisión de naturaleza heroica que de ninguna manera puede llegar a justificar la conformación de subsistemas delictivos en el seno de un Estado democrático de Derecho. Sin embargo, el heroísmo no es un concepto normativo que tenga relevancia para la ciencia jurídica. No es exigible jurídicamente. El Derecho no procura acciones heroicas sino el cumplimiento de deberes comunes o institucionales.

La conformación de injustos de sistema es objetivamente indeseable. El riesgo intolerable no es moneda de cambio frente a acciones terroristas envueltas en heroísmo. La política de seguridad española parte de la estimación acerca de un riesgo evidente¹⁶⁶⁴, no simulado. Existe un sincretismo entre los elementos subjetivos de la causa de justificación y la producción objetiva de inseguridad, fenómenos que son dos aspectos del mismo paradigma.

Para determinados sectores de la literatura, un terrorista puede ser eso nada más y para otros constituirse como un libertador¹⁶⁶⁵, de tal suerte que dichas consideraciones requeridas para un análisis de la antijuridicidad del acto, son de por sí complicadas al permanecer siempre en el fuero interno de los sujetos. Sin embargo, a pesar de esta ambivalencia, existe una amplia posibilidad de que incluso los llamados libertadores cometan actos de terrorismo, temática que puede estudiarse a la luz de la historia¹⁶⁶⁶. Tal circunstancia es de suma importancia para el tema que se explora, porque el *status* de terrorista o de libertador depende de la trinchera desde la que se lleve a cabo la observación. En los años de las grandes guerras del siglo XX, cada parte se consideraba como libertadora. En cambio, el enemigo fue etiquetado como invasor, terrorista o cualquier calificativo que tuviese una carga ideológica semejante. En ese sentido, las

¹⁶⁶⁴ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La perspectiva jurídico-penal”, en Santiago MIR PUIG / Joan J QUERALT (dir.) / David CARPIO BRIZ (coord.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 32.

¹⁶⁶⁵ BARNIDGE JR / Robert P., *Non-state actors and terrorism. Applying the law of State responsibility and the due diligence principle*, T.M.C. Asser Press, Países Bajos, 2008, pág. 42.

¹⁶⁶⁶ BARNIDGE JR, Robert P., *Non-state actors and terrorism*, op. cit., pág. 43. Un ejemplo de ello es la política de violación en contra de mujeres llevada a cabo por las potencias del eje durante la segunda Guerra mundial “Las evidencias revelaron que en determinados pueblos y aldeas, cada mujer y joven fue sometida a violencia sexual. Todas y cada una de ellas. Ello indica que existió una planeación organizada y sistematizada para violar y posteriormente destruir a cada habitante del género femenino”, en Kelly DAWN ASKIN, *War crimes against women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1997, pág. 57.

calidades mencionadas no dependerán de presupuestos objetivos, sino de meras percepciones pertenecientes a la esfera de lo subjetivo, lo cual para el Derecho penal del enemigo resulta francamente reprobable. La enemistad ha de ser apreciable objetivamente.

Para el Derecho penal, y su estudio, los elementos subjetivos deberán de permanecer lo más depurado que sea posible, de tal suerte que, independientemente de la carga anímica, la organización que cumpla con los presupuestos del artículo 571 del CP habrá de ser sancionada por terrorista. Ello con independencia los motivos que llevaron a su conformación.

En síntesis, es posible apreciar un ánimo reivindicatorio en el actuar de los sujetos que conforman el injusto sistémico. Ahora se abordarán las causas de justificación que potencialmente pudiesen aplicar para el artículo 571. No se ignora de antemano que la tarea es compleja y que no existe abundante bibliografía ni la jurisprudencia se haya avocado a dicho tratamiento.

II.- Legítima defensa

A) Naturaleza jurídica

Como causal “estelar” dentro del catálogo de tipos permisivos existe la legítima defensa como la forma autocompositiva por excelencia en Derecho penal; sin olvidar que las causas de justificación resuelven un conflicto de intereses¹⁶⁶⁷. Como señala POLAINO-ORTS, el Estado deposita en el ciudadano la posibilidad de resolver un conflicto de la máxima trascendencia. El poder público cede en su responsabilidad de tutelar la conducta conflictual de los ciudadanos. En otro sentido se pronuncia SANZ MORÁN al estimar que la idea de la resolución de un conflicto de intereses como fundamento de las causas de justificación no es correcta, puesto que tal objetivo también es abarcado por el Derecho mismo, por lo que la fórmula queda vacía de contenido operativo¹⁶⁶⁸.

La legítima defensa es una de las formas más primitivas de *autodefensa* resultando ser un egoísmo por parte del que se defiende y una negación de toda solidaridad social¹⁶⁶⁹. Esta opinión sustentada por ALCALÁ ZAMORA es discutible y tiene una plena oposición al pensamiento de JAKOBS. Sin embargo, dicho egoísmo no puede pasar de ser meramente un reproche de tipo moral, debido a que la legítima defensa es un derecho, y en ocasiones un deber, que se encuentra reconocido por el legislador. A pesar de ello, COLINA RAMÍREZ afirma que el origen de las causas de justificación no debe ser considerado como neutral, puesto que éstas provienen de una conducta desvalorada por adecuación al tipo¹⁶⁷⁰. En este sentido no puede hablarse de egoísmo, por ser el mismo un concepto perteneciente a la psicología, alejado de un análisis normativista del delito.

¹⁶⁶⁷ VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo*, op. cit., pág. 54.

¹⁶⁶⁸ SANZ MORÁN, Ángel José, “Naturaleza del sistema de justificación”, op. cit., pág. 46.

¹⁶⁶⁹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, Ciudad de México, 1991, pág. 30.

¹⁶⁷⁰ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La defraudación*, op. cit., pág. 226.

La legítima defensa y en general los casos de autodefensa implican la presencia de una situación con un elevado nivel de dramatismo¹⁶⁷¹. Son situaciones en las que no es posible llevar a cabo una profunda meditación sobre las consecuencias que sobrevendrán si se toma tal o cual decisión¹⁶⁷². La reacción habrá de ser rápida para poder repeler el ataque de un ser humano hacia otro. Ante esta situación poco común, es realmente difícil saber lo que sucederá debido a toda la serie de factores que se aglutinan en un mismo momento causal, veloz e intenso. La autodefensa obliga a adentrarse en el terreno de los instintos¹⁶⁷³.

En un ánimo de sintetizar las cuestiones, se puede afirmar que la legítima defensa “es la defensa que resulta necesaria para apartar de uno mismo o de otro una agresión actual y antijurídica”¹⁶⁷⁴. Sobre su naturaleza jurídica, para JAKOBS ésta es una especie de legitimación de la violencia privada¹⁶⁷⁵. La cuestión que ahora debe de ponerse sobre la mesa es qué es aquello que puede ser afectado debido a la reacción del agredido, o en otras palabras, qué es aquello que puede ser violentado a través de la repulsión del ataque en legítima defensa. La temática implica un estudio que es de sumo interés en el seno de la organización terrorista. ¿Hasta dónde un bien jurídico puede ser defendido en relación al titular del mismo? La defensa no debe ir más allá de los bienes del sujeto que es calificado como agresor¹⁶⁷⁶.

Bajo esta perspectiva, si el análisis se enfoca hacia el tema de la organización terrorista, el injusto sistémico habrá de identificar primero que nada a su agresor, que es generalmente el Estado. La legítima defensa como circunstancia extrema¹⁶⁷⁷ puede ser invocada, por lo menos en el discurso político, por las organizaciones criminales, pero cuesta trabajo pensar en el éxito que pudiesen tener a nivel dogmático. La independencia de los pueblos y demás sería el eje central sobre el que descansaría la situación de emergencia para legitimar el terrorismo organizado.

En el discurso emitido por miembros de las organizaciones terroristas se emplea una terminología que busca legitimación a través de la defensa de valores maximizados. La STS 31/2006, de 27 de abril, señala que “(...) la conducta desarrollada por el acusado Arnaldo, dirigente de la ilegalizada Batasuna (...) subrayando: «la propuesta formulada tiene garantías de salir adelante, no importa que hayamos sido ilegalizados o que tengamos militantes muertos, la izquierda abertzale es Euskal Herria y es el futuro de este pueblo»; expresiones que suponen cuanto menos señal de aprobación, entusiasmo o admiración a la figura del dirigente terrorista, sin excluir la eufemísticamente denominada «lucha armada», a favor de la autodeterminación del País Vasco, presentándose como la *defensa de los derechos legítimos* del Pueblo Vasco, y

¹⁶⁷¹ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición*, op. cit., pág. 30.

¹⁶⁷² “El hombre sorprendentemente agredido, por otro, no puede, aun en el supuesto de llevar el CP encima, y es más, incluso si es un penalista eminente, ponerse a leer o a evocar las circunstancias de la legítima defensa para acomodar a ellas su reacción; repelerá el ataque como y con lo que pueda, y luego será el tribunal quien declare si se atuvo a las cortapisas marcadas por el legislador o se las ha excedido”, en Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, *Proceso, autocomposición*, op. cit., pág. 30.

¹⁶⁷³ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición*, op. cit., pág. 30.

¹⁶⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 457.

¹⁶⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 457.

¹⁶⁷⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 459.

¹⁶⁷⁷ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pág.14.

contextualizando ésta en el marco de un «conflicto político», todo lo cual desborda los límites del concepto de opinión”.

En el fragmento transcrito se aprecia una conciencia sobre la defensa de derechos legítimos. Ello demuestra la existencia de una intención discursiva y legitimadora que busca justificar las actuaciones criminales bajo un discurso retórico que se orienta hacia una transmisión de la responsabilidad de la organización criminal hacia su contraparte¹⁶⁷⁸.

La búsqueda para encontrar coincidencia entre la naturaleza jurídica de la legítima defensa y la organización terrorista se antoja complicada. Un ordenamiento jurídico no puede permitir que una agrupación de ciudadanos se armen y atenten contra sí mismo. No debe pasar desapercibido que la temática de la organización terrorista se encuentra siempre inmersa en un ambiente de totalitarismo ideológico. Es precisamente ahí donde parte nuestro análisis de la legítima defensa. En otras palabras, lo que se busca transmitir es que para el estudio de la causa de juridicidad el analista debe de situarse del lado de la propia organización criminal para poder llevar a cabo el estudio, pero ello es falso, es una trampa, porque el análisis del fenómeno no puede circunscribirse a una u otra parte, sino que debe de ser desde un punto de vista neutral, céntrico y objetivo.

¿La autodefensa, como naturaleza jurídica de la legítima defensa, puede amparar en su seno la constitución de organizaciones criminales? La legítima defensa no puede ser percibida por parte de los miembros de la sociedad como una patente de corso que autorice a ejecutar acciones opuestas al Derecho. Por el contrario, se debe tomar en consideración como un mecanismo de autoprotección establecido por el legislador en casos excepcionales fundamentada en la concesión recíproca de una libertad de organización que el propio Estado no puede estabilizar. Así mismo, cabe añadir que la legítima defensa no puede perdurar a partir de sí misma sino que, como el propio legislador ha establecido, se utiliza en casos extraordinarios. La excepcionalidad tampoco cabe para amparar la constitución de la organización terrorista. Si el Derecho como comunicación y reflejo de la sociedad permitiese eso, entonces en cualquier momento estaría autorizada la formación de injustos sistémicos bajo el argumento de la excepcionalidad y la urgencia de la situación, de tal suerte que cualquier reivindicación política podría ser reclamada por la vía armada.

De esta manera, la legítima defensa implicaría un pasaporte directo a la revolución y por ende a la negación del Estado mismo, donde sólo los más violentos, los más desestabilizadores, los que menos seguridad aportasen serían los victoriosos. El fenómeno arrojaría al Estado a una regresión social cuyas consecuencias serían desastrosas. Una vuelta a la ley del más fuerte pero en un sentido macrosociológico.

Sin embargo, en esta investigación se ha buscado la mayor claridad y desarrollo de los presupuestos de cada figura, de tal suerte que es importante analizar cada uno de ellos pormenorizadamente.

¹⁶⁷⁸ SALBIDEGOITIA ARANA, José María, “Mitos, tópicos y reiteraciones”, op. cit., pág. 78.

El legislador español establece como legítima defensa el artículo 20.4 donde se contempla la eximente de responsabilidad cuando el que obre en defensa de o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

“Primero. Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas.

Segundo. Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

Tercero. Falta de provocación por parte del defensor”.

A continuación se procederá al análisis de cada uno de los elementos que el legislador español ha estimado suficientes para cubrir los extremos de la legítima defensa. Pero antes no debe de pasar desapercibida la afirmación que hace JESCHECK sobre la legítima defensa al señalar que el Derecho no tiene razón para retroceder frente al injusto¹⁶⁷⁹. La afirmación del maestro alemán genera una reflexión sobre el Derecho mismo como sistema. Si se explora la relación existente entre el sistema Derecho y la legítima defensa, es posible observar la importancia del propio ordenamiento normativo. El Derecho es tan grande como construcción racional del hombre, que tiene la capacidad de autolimitarse y autopermitirse excepciones a sí mismo. En el caso de la legítima defensa, el propio Derecho abre una prerrogativa sobre la tutela de los conflictos comunicativos interpersonales para que los resuelvan los propios integrantes de la sociedad.

B) Agresión ilegítima

Para el estudio de este presupuesto, el análisis ha de iniciarse desde la perspectiva del riesgo, de tal suerte que la agresión ilegítima constituya un riesgo en contra del bien jurídico y de la vigencia de la norma¹⁶⁸⁰. La agresión ha de implicar una invasión en el ámbito de autoadministración del sujeto que a partir de este ha de reputarse como agredido. Visto desde la otra cara de la moneda, la agresión ilegítima implica una excesiva extensión del ámbito de organización de un sujeto que será denominado ahora como agresor.

Por agresión ha de entenderse “aquella conducta humana, actual o inminente apta para lesionar realmente o para poner en peligro concreto, desde un punto de vista objetivo *ex ante*, intereses jurídicamente protegidos”¹⁶⁸¹. Esta definición arroja a su vez elementos de importante trascendencia que son la actualidad, inminencia y aptitud lesiva del ataque, conceptos que abordaremos a continuación. La agresión no puede ser de cualquier especie. Para que esta sea considerada como tal en Derecho penal, deberá de sobrepasar los linderos del riesgo permitido, de la tolerancia social e insignificancia¹⁶⁸².

¹⁶⁷⁹ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 360.

¹⁶⁸⁰ COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *La defraudación*, op. cit., pág. 237.

¹⁶⁸¹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa (consideración especial a las restricciones ético sociales)*, Comares, Granada, 1999, pág. 37.

¹⁶⁸² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág. 38.

Sobre la ilegitimidad de la agresión se han escrito ríos de tinta haciendo inabarcable el tema incluso bajo el seno de una tesis doctoral dedicada única y exclusivamente a dicha temática. Entonces, para que el ataque sea considerado como ilegítimo deberá de sobrepasar los linderos normativos del riesgo permitido y tampoco ha de ser justificado¹⁶⁸³, es decir, que no cabe legítima defensa contra la legítima defensa¹⁶⁸⁴. En estos casos el sujeto agresor está obligado a soportar la carga que ha producido su ataque antijurídico y en consecuencia, habrá de tolerar la defensa del agredido¹⁶⁸⁵. Ello sin importar que la propia agresión sea dolosa o imprudente¹⁶⁸⁶ ni que sea por acción u omisión; en todos estos supuestos cabe¹⁶⁸⁷.

Para el caso que nos ocupa, naturalmente que la constitución de la organización terrorista deberá de llevarse a cabo mediante una acción, una conducta positiva con ánimo de agrupación. Así, la conformación implica ya en sí una desautorización de la norma que no puede considerarse adecuada conforme a la legítima defensa.

Por lo que respecta a las características específicas que debe de revestir el ataque, éste ha de ser actual o inminente, que -en palabras de ROXIN- se produce cuando “está teniendo lugar o todavía prosigue”¹⁶⁸⁸. Ello resulta de la máxima importancia y justo es el momento en que inicia el “drama” de la legítima defensa. Es cuando todo el esfuerzo político criminal del legislador se pone a prueba. La defensa puede comenzar a desplegarse a partir de que existe un peligro amenazador inmediato¹⁶⁸⁹. A pesar de los esfuerzos de la dogmática, existen discrepancias sobre la inmanencia de lo inmediato y para resolver el problema se han planteado soluciones análogas a las de los casos de tentativa¹⁶⁹⁰, temática que desafortunadamente no puede ser abordada en este momento.

Sobre la inminencia, la misma puede comenzar a medirse a partir de que existe una amenaza que puede desembocar en la lesión al bien jurídico con evidente proximidad¹⁶⁹¹. JAKOBS afirma respecto de la actualidad del ataque que debe de oponerse a una planificación de la defensa debido a que, si el evento permite dicha situación, entonces habrá de competir a la policía la tarea de defender y recuperar dichos bienes agredidos¹⁶⁹².

La inminencia no puede ser concebida como un concepto pétreo, estático e inamovible, sino que debe ser flexible entre lo que ha de entenderse por momento inicial del ataque y el momento de mayor gravedad del mismo¹⁶⁹³.

Sobre la inmediatez se podría seguir escribiendo hasta llevar este trabajo por otros caminos que, a pesar del interés dogmático que representan, terminarían por alejar

¹⁶⁸³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 463.

¹⁶⁸⁴ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág.615.

¹⁶⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 464.

¹⁶⁸⁶ Vid. Diego Manuel LUZÓN PEÑA, *Aspectos*, op. cit., pág. 174.

¹⁶⁸⁷ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 363.

¹⁶⁸⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 618.

¹⁶⁸⁹ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 366.

¹⁶⁹⁰ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., págs. 618-619.

¹⁶⁹¹ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág. 141.

¹⁶⁹² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 468.

¹⁶⁹³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág.142.

del tema que es el central. Se ha llevado a cabo una breve caracterización de uno de los elementos de la legítima defensa que tiene una importante relevancia para la organización terrorista y su potencial posibilidad de enmarcarse dentro de una causa de justificación.

La actualidad o inmediatez de la agresión evidentemente representan categorías temporales de suma importancia para la figura, a pesar de que el legislador no se haya avocado a definir dichos elementos, la doctrina y la jurisprudencia sí se han encargado de dicha tarea.

Recapitulando, conforme a lo que se ha explorado hasta ahora, la agresión ha de ser ilegítima, actual o inminente; circunstancias que entonces deberán de justificar teóricamente la conformación de la organización terrorista. ¿Esto es así en realidad?, la respuesta es negativa, porque desde un punto de vista estrictamente dogmático (cuando no sistémico) no puede considerarse que el Estado haya desplegado un ataque ilegítimo en contra del pueblo. Sencillamente no existe cabida para legitimar el injusto de sistema en sede de legítima defensa. En los discursos de los separatistas se dice naturalmente lo opuesto, y se busca fermentar un rechazo hacia todo lo que tenga identidad con el Estado¹⁶⁹⁴. Desde este prisma es más que evidente la inexistencia un ataque ilegítimo por parte del gobierno. Tratar de justificar la creación de una organización terrorista para repeler una agresión carece de sustento dogmático, por lo menos en este primer presupuesto exigido por el tipo permisivo.

Sobre los demás requisitos también se pueden hacer algunos comentarios. La actualidad o inmediatez del ataque antijurídico es un elemento de la máxima importancia para poder establecer ciertos derroteros a la figura en comento. Dichas características tampoco se han cumplido para legitimar la creación de una estructura criminal. Los presupuestos del ataque han de ser muy puntuales temporalmente hablando, es decir, el ataque ha de ser evidente y no por un tiempo prolongado. En este sentido el injusto sistémico no puede alegar que se trate de un delito permanente que les de legitimidad, porque sí es verdad que contra los delitos permanentes cabe la legítima defensa porque la agresión conserva su carácter de actual a lo largo del tiempo, como opina JESCHECK¹⁶⁹⁵.

Por el contrario, la conformación de la organización criminal se ha prolongado en el tiempo, rompiendo también con los límites que debe de guardar la respuesta por parte del agredido. Aceptar la posibilidad que el Derecho permita la configuración de organizaciones/grupos criminales para reivindicar, supuestamente, manifiestos legítimos, sería tanto como permitir que un sujeto se defienda ante un ataque a mano limpia con una ametralladora y vacíe toda la carga de la máquina en el cuerpo del agresor. La existencia de organizaciones terroristas es una desproporción absoluta si se busca empatarla con los presupuestos de la legítima defensa. No se debe olvidar que la creación de esta especie de injusto sistémico implica la adquisición de un status de

¹⁶⁹⁴ Ejemplo de ello es lo que ha ocurrido en Cataluña donde las corridas de toros han sido prohibidas bajo argumentos de bioética y ecologismo, que no son más que una cortina de humo; lo que desde nuestro punto de vista ha ocurrido es que se ha autorizado la prohibición de “la fiesta brava”, como una demostración de separatismo de la cultura española utilizando como vehículo la llamada fiesta nacional.

¹⁶⁹⁵ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 367.

enemistad por frontal oposición al Derecho y al Estado democrático. Permitir la defensa de intereses a través de organizaciones de esta naturaleza implicaría un retroceso del Derecho ante lo injusto en oposición a la fórmula planteada por JESCHECK.

La respuesta debe ser inmediata, incluso en el seno de la legítima defensa internacional¹⁶⁹⁶ que ha tomado sus características de la legítima defensa tradicional. Esto se debe a que si la reacción carece de inmediatez, entonces ya no habrá un elemento de defensa, sino revanchismo o venganza que escapan de la naturaleza jurídica de la figura¹⁶⁹⁷. La creación de la banda terrorista no responde a una situación dramática, donde haya la imperiosa necesidad de una respuesta inmediata. Por el contrario, la organización delictiva prolonga su existencia. En materia de combate al terrorismo, incluso, la doctrina estima que no es aceptable la legítima defensa internacional contra el terrorismo internacional¹⁶⁹⁸.

Bajo la óptica de JAKOBS, en relación concretamente con la repulsión del ataque, este sólo deberá dirigirse en contra de los bienes del sujeto atacante siendo inaceptables las vulneraciones al orden y seguridad públicos¹⁶⁹⁹. Dentro de este esquema quedarán naturalmente incluidas las configuraciones sistémicas como las organizaciones criminales que ya por el simple hecho de conformarse han de vulnerar el orden público y la vigencia de la norma. Por tanto, la repulsión del ataque a través de la conformación del injusto sistémico terrorista es inaceptable.

La organización al continuar existiendo no busca una verdadera defensa (en el hipotético caso de un ataque), sino una permanencia amenazante que mantiene amedrentado a un importante segmento de la población. El injusto sistémico se mantiene latente como un peligro objetivo y desestabilizador de la paz y de la vigencia de la norma junto con la potencial agresión en contra de otros bienes jurídicos como el orden público. Cualquier especie de discurso que busque legitimar, ya sea política o dogmáticamente la conformación de la organización como una entidad libertaria, realmente carece de sustento. La gran paradoja de las organizaciones criminales es que atacan frecuentemente a las personas o al pueblo que supuestamente defienden y para quienes se sacrifican.

En síntesis, el injusto sistémico carece de una agresión que justifique su existencia y además en el hipotético caso de que existiera esta acción por parte del Estado tampoco colmaría los presupuestos requeridos para un ataque revestido de actualidad o inminencia. No obstante, la organización criminal no sólo excede los presupuestos de la legítima defensa, sino que implica una oposición frontal al modelo de expectativas configuradas por la sociedad adquiriendo un *status* de enemistad. Ello la coloca completamente al margen del Derecho y por ende de la causa de justificación. La enemistad es injustificable dogmática y político criminalmente. Por el contrario, al

¹⁶⁹⁶ Sin embargo, incluso en materia internacional se ha acuñado un término que contiene un adelantamiento ante un ataque inminente que es conocido como *defensa preventiva* que se pone en marcha antes de que inicie la agresión, en Santiago RIPOL CARULLA, “La nueva doctrina global de la defensa preventiva. Consideraciones sobre su caracterización y fundamento”, en Caterina GARCÍA SEGURA / Ángel J RODRIGO HERNÁNDEZ, *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 142.

¹⁶⁹⁷ ORTEGA CARCELÉN, Martín C., *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 38.

¹⁶⁹⁸ ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las actividades terroristas*, op. cit., págs. 308-310.

¹⁶⁹⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 471.

ejercitar la legítima defensa no existe una defraudación de expectativas, sino que el legislador al haber establecido dicho tipo permisivo ha materializado una expectativa de defensa ante un ataque antijurídico.

C) Necesidad de la defensa

La necesidad de la defensa es uno de los criterios de mayor discusión. Naturalmente que al momento de repeler el ataque, la defensa debe de ir orientada hacia causar el menor daño hacia el agresor¹⁷⁰⁰. El agredido tendrá que elegir de entre todos los medios de defensa, siempre que dicha elección no le genere un riesgo a sí mismo de manera inmediata¹⁷⁰¹.

Esta situación al ser parte del drama penal requiere naturalmente de una limitación importante. Debe haber una necesidad racional del medio empleado conforme a lo establecido por el legislador. Sin este requisito de la necesidad en la defensa, la figura permitiría excesos más lesivos que el ataque mismo al que debe repeler.

La necesidad es un punto de unión para el estudio de los factores que habrán de servir como limitantes en el ejercicio de la defensa¹⁷⁰². Para IGLESIAS, la cuestión de la necesidad y su ponderación no pueden quedar reducida a un binomio ataque-defensa, sino que deberán de incluirse otros factores tales como la atención sobre el sujeto atacante, el bien jurídico que se amenaza, proporcionalidad, medios alternativos para resolver la contienda, fortaleza de los involucrados, entre otros¹⁷⁰³.

La concurrencia de factores tan variados como los mencionados hacen que el problema de la necesidad sea un ámbito en el que el interviniente habrá de realizar una labor altamente diligente. De esta manera se pone de manifiesto que la legítima defensa no puede ser considerada como una institución cerrada, sino que deberá de permanecer abierta a las múltiples circunstancias que puedan acontecer para ponderar la necesidad de la defensa.

Para MAURACH, la necesidad de la defensa también depende de la persona del agresor¹⁷⁰⁴ habiendo una diferencia entre distintos sujetos y el grado de intensidad de la respuesta del agredido. Otro factor que agrega ROXIN es que la defensa debe de ser idónea¹⁷⁰⁵, es decir, que haya una congruencia entre el ataque y la respuesta. Sin embargo, JAKOBS establece que el agredido no tiene por qué escoger el medio de defensa menos lesivo cuando ello le importe un esfuerzo o costo mayor¹⁷⁰⁶.

En síntesis, la necesidad racional del medio empleado representa una importante dificultad en lo que respecta a la limitación de sus extremos¹⁷⁰⁷, sin embargo, no existe hasta ahora otra manera de poder regular esta cuestión defensiva. No puede pasar

¹⁷⁰⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 472.

¹⁷⁰¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 628.

¹⁷⁰² IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág. 181.

¹⁷⁰³ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág. 182.

¹⁷⁰⁴ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 385.

¹⁷⁰⁵ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 629.

¹⁷⁰⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 473.

¹⁷⁰⁷ IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos*, op. cit., pág. 182.

desapercibido que la necesidad y sus elementos se actualizan en un momento muy breve y plagado de dramatismo.

Es necesario acudir a la teoría del rol social y observar la situación desde dicha perspectiva teórica. En el momento en que el conflicto de intereses se presenta, existe un reparto de roles. De esta manera el sujeto agresor al desplegar su conducta e invadir el ámbito de autoadministración del agredido, ocupa un rol violento, y entonces el agredido tendrá el derecho a defenderse. Naturalmente que el rol de defensor del bien jurídico propio o ajeno deberá de circunscribirse únicamente a la defensa puntual del mismo. En otras palabras, una defensa necesaria, mínima, pero suficiente. El rol de defensor del interés jurídico, y por ende de la norma, no puede tener un efecto de ajusticiamiento social, sino limitarse a salir de la situación dramática de la forma más rápida y menos gravosa para el agresor. El rol de defensor obliga a ello pero al mismo tiempo le limita en dicha condición, es decir, tiene la obligación de limitarse en cuanto a la repulsión del ataque.

La necesidad de la defensa debe ponderarse sobre aspectos objetivos¹⁷⁰⁸. La doctrina funcionalista establece una importante aclaración, en relación a que la necesidad no debe de medirse en relación a los bienes del agresor, sino que el agredido sólo deberá de tomarlos en cuenta para limitarse en su vulneración y detenerse cuando ya no sea necesario seguir con la defensa gracias a la limitación derivada de la garantía de solidaridad mínima.¹⁷⁰⁹ Incluso en las situaciones límite como las que se plantean en la colisión de intereses por legítima defensa, persiste el deber de solidaridad mínima. “Cuanto menos responsable sea el agresor por el caso conflictivo, antes le ampara la solidaridad mínima; los ataques por error preceden, pues, a los imprudentes o dolosos”,¹⁷¹⁰.

Sobre todo lo que se ha dicho ahora es importante reflexionar sobre su trascendencia en el ámbito la organización terrorista. Se ha visto que la necesidad es un elemento de máxima importancia para la figura de la legítima defensa y que tiene una relación precisa con la proporcionalidad en los dos extremos del conflicto, que consisten en el ataque y defensa. Una vez establecidos dichos límites, entonces ya se pueden explorar los elementos limitantes que se traducen en esa necesidad de defensa.

En el caso del terrorismo y la fundación de una organización criminal, es poco convincente que un discurso sobre las razones de la organización, sirvan como fundamento legitimador de esa ponderación necesaria en la defensa por la simple y sencilla razón de que se está tratando de una organización terrorista. En el terrorismo no existe la necesidad. Con los criterios de ponderación se da una posible respuesta; el terrorismo es una reacción violenta carente de limitación. A través de la conformación de un injusto sistémico se destruye todo parámetro de necesidad en la defensa. Por ello se ha llevado a cabo todo el estudio de esa categoría, para poder fundamentar y contrastar con la situación que ahora se explora.

Ha quedado establecido que el agredido tiene el deber de elegir entre los medios menos lesivos para ejercer su derecho a la defensa. En el caso que nos ocupa, la organización terrorista es el medio más agresivo que existe en todo el ordenamiento

¹⁷⁰⁸ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 631.

¹⁷⁰⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 481.

¹⁷¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 484.

jurídico. En ese sentido se echa por la borda el presupuesto de la necesidad de la defensa. Sin embargo, no es posible realizar aseveraciones que estimen que tal rechazo a la necesidad como parte de la legítima defensa pueda ser calificado como de irracional. Si bien es cierto que el legislador ha exigido en el tipo permisivo que exista una necesidad racional del medio empleado, también lo es que al organizarse los terroristas lo hacen con planeación para emitir un mensaje comunicativamente racional de rechazo al sistema de expectativas y por ende a la existencia de la sociedad misma.

La conformación de una organización paralela al Derecho orientada hacia alterar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional, nunca puede ser estimada como un medio racional de defensa. El subsistema que implica el injusto es de tal volatilidad que carece de toda racionalidad.

Desde otra perspectiva, el ejercicio de las causas de justificación no implica un riesgo socialmente desaprobado, por el contrario, es una reacción tolerada socialmente. En cambio la organización criminal es un riesgo que rebasa exponencialmente la tolerancia social. Ello queda reflejado en las penas tan altas en las que pueden llegar a incurrir los sujetos que la conformen. El repudio social que se transmite a través del legislador es de tal magnitud que nunca puede ser justificable la existencia “necesaria” de un subsistema de esta naturaleza en un país que se digne de denominarse como democrático.

Por otra parte, no debe pasar desapercibido que la sociedad de una nación no tiene ninguna obligación de soportar reivindicaciones violentas provenientes sector de la misma. Para ello existe un marco jurídico que no podrá considerar como válido, conforme a los propios principios axiológicos de la sociedad, un argumento de necesidad en cuanto a la creación de subsistemas paralelos a la misma en el ambiente de la ilicitud. Ello porque en un principio la sociedad ya se conformó sistémico-comunicativamente a través de expectativas cognitivas, por lo que cualquier otra conformación sistémica que busque alterar dicho esquema originario será rechazado por la misma. Violencia y sociedad no pueden convivir. Por violencia no se entienden exclusivamente los potenciales atentados terroristas que pueda cometer la organización, sino que por el hecho de constituirse en organización terrorista ya hay violencia exteriorizada en contra de la sociedad.

Bajo este esquema de argumentación, STRATENWERTH plantea que la necesidad en la legítima defensa parte de una cuestión inevitable de defensa contra un bien jurídico con el ánimo de rescatar otro¹⁷¹¹. Dentro del contexto de las organizaciones terroristas y su conformación, no existe una situación imperiosa de sacrificio de la paz pública española. La democracia, y más aun en un contexto como el de la Unión Europea, permite la existencia de causas institucionales para poder desahogar conflictos de esta naturaleza. De esta manera nos sumamos a las afirmaciones de que el fin de ciertas organizaciones terroristas deberá de ir acompañado de una pérdida de legitimidad de su ideología así como de la atribución de responsabilidades penales políticas contra los miembros de la organización¹⁷¹². Ello no quiere decir que una vez que la organización desaparezca haya una prohibición de lucha por los ideales que ésta

¹⁷¹¹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 199.

¹⁷¹² DOMÍNGUEZ IRIBARREN, Florencio, “Alegatos contra la euforia”, en AA.VV, *Democracia, nacionalismo y terrorismo en el País Vasco*, Ciudadanía y Libertad, País Vasco, 2010, pág. 6.

defendía. La lucha en una democracia siempre es aceptable si y sólo si se lleva a cabo por los vehículos institucionales construidos bajo un ambiente de paz y ciudadanía.

Sin embargo, para justificar esa hipotética defensa necesaria se lleva a cabo un juego perverso, como lo señala SALBIDEGOITIA: “(l)os agravios son repetidos en todo momento, para lograr, por medio de la desfiguración de la realidad, una frustración cuya finalidad es la de crear “causas justas”, como que somos un pueblo oprimido, al que se nos niega el derecho a decidir (soberanía). No hay democracia porque no nos dejan decidir, nos niegan la voluntad del pueblo, hay torturas. Sin embargo, se trata de excusas porque la realidad es muy distinta: hay democracia, autonomía, la voluntad se ha expresado y se expresa constantemente, hay justicia, se respetan los derechos humanos, existe pluralismo, etc.”.

D) Falta de provocación por parte del defensor

De acuerdo a los elementos que exige el CP español, resta por explorar someramente la llamada falta de provocación por parte del defensor. Bajo este esquema en relación a la organización terrorista se puede decir muy poco, ya que los principales argumentos sobre si es posible o no encuadrar al sistema de injusto dentro de la legítima defensa ya han sido esgrimidos.

Para MIR PUIG, dicha provocación debe de ser suficiente, es decir, que no cualquier provocación es suficiente para poder extinguir la posibilidad de defenderse¹⁷¹³. Aquí para el tema que interesa ni siquiera puede llegar a tratarse de una provocación, ya que no existe un defensor en los términos exigidos por el legislador español para acreditar la legítima defensa. En este sentido, tampoco puede hablarse de una provocación, porque simplemente la norma exige que para la existencia de dicho elemento se requiere de una fuente provocadora, misma que como ya se mencionó, no hay. La paz social o el orden constitucional de un país no pueden estimarse como entes provocadores del terrorismo

E) Síntesis

La legítima defensa implica una comunicación en el sentido puramente normativista; ello quiere decir que tanto la agresión como la respuesta del agredido son expresiones de sentido comunicativamente relevantes. En un primer momento el agresor comunica una imposición de sus expectativas sobre las del agredido y entonces éste último tiene legitimación para restablecer el imperio de dichos parámetros como los que deben prevalecer válidamente para su propia existencia. Sin embargo, dicha respuesta ha de regirse por principios y límites que el propio sistema jurídico impone. La problemática de la organización terrorista como respuesta a una agresión se encuentra fuera de estos límites jurídicos y, por ende, no puede ser tolerada. PALERMO, citando a KUHLMANN, refiere que el agredido es legitimado y se transforma en un representante del Derecho¹⁷¹⁴. Esta afirmación es útil para robustecer el hecho de que en legítima defensa no cabe la conformación de una organización criminal terrorista porque sería un absurdo sistémico que una conducta modelo del Derecho penal del enemigo, es decir, que implica la máxima reprobación por parte de la sociedad, fuese erigida como representante del sistema de expectativas.

¹⁷¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 438.

¹⁷¹⁴ PALERMO, Omar, *Legítima defensa: una revisión*, op. cit., pág. 147.

III.- Estado de necesidad justificante

A) Elementos

Una vez concluido el estudio de la causa de justificación por excelencia y su vinculación con la conformación de la organización terrorista, es el turno de otro tipo permisivo no menos importante.

Conforme a la redacción del legislador, los presupuestos exigidos para el estado de necesidad son:

“El que en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar

Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada por el sujeto.

Tercero. Que el necesitado no tenga por su cargo u oficio obligación de sacrificarse”

En el caso del estado de necesidad una vez más existe una situación dramática, una eventualidad excepcional donde se debe de llevar a cabo una reacción con ánimo de salvaguardar un bien jurídico de mayor entidad a costa de otro que no la tiene. En las clases de supuestos del estado de necesidad justificante “el que sufre el mal menor no ha hecho nada contrario a Derecho y, no obstante, debe de soportar el mal porque el que lo infiere se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección”¹⁷¹⁵. En este punto se marca con claridad por qué la organización terrorista y el estado de necesidad justificante son absolutamente incompatibles. Conforme al espíritu de la figura se efectúa una repulsión del peligro al menor coste posible, mientras que en la organización terrorista se persigue un cambio en el sistema de expectativas al mayor coste posible. La conformación del injusto de sistema tiene un carácter extremo, de tal suerte que siempre que se busque un planteamiento orientado hacia la exclusión de la antijuridicidad sobre la conducta organizativa, los resultados serán negativos.

Realmente cuesta trabajo tratar de relacionar el estado de necesidad con la conformación de la banda terrorista porque no existe, con claridad, la imperiosa necesidad de salvaguarda en un momento determinado. Otro argumento en el mismo sentido radica en que para hablar de estado de necesidad justificante es requerido que en el conflicto de intereses que colisionan ocurra el siguiente fenómeno: que se busque la producción de un daño menor para evitar uno de mayor entidad¹⁷¹⁶.

Sin embargo, no debe pasar desapercibido que, conforme al tradicional manejo de la doctrina, existen dos especies de estado de necesidad, el llamado estado de necesidad defensivo y agresivo. Sin entrar en mayores detalles hay que subrayar que

¹⁷¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 429.

¹⁷¹⁶ VELÁSQUEZ V, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª. edic., Temis, Bogotá, 2004, pág. 379.

la diferencia entre ambas categorías radica en que para lograr configurar un estado de necesidad defensivo, el peligro ha de emanar del sujeto mismo que tendrá que soportar la carga de la lesión en el bien jurídico. En otras palabras, en esta clase de supuestos, la víctima que sufre la intervención es la responsable del peligro producido¹⁷¹⁷. Mientras que en el estado de necesidad agresivo, quien soporta el daño ha de ser totalmente ajeno a la producción del peligro.

Volviendo al estado de necesidad *lato sensu* uno de los principios rectores de la institución es que, al igual que legítima defensa, el riesgo ha de ser actual o inminente, que desde la perspectiva que aquí se defiende, dichas características han de colmar los mismos extremos que se exigen para la legítima defensa¹⁷¹⁸. Aplicando ese criterio a la conformación de la organización terrorista, de nuevo, no existe un acoso del gobierno español para que estos extremos del estado de necesidad se consideren vigentes. Otro parámetro es que el hecho ha de ser absolutamente necesario para salvarse, como expresa ANTOLISEI¹⁷¹⁹, situación que tampoco justifica la estructuración de la organización delictiva. El Estado no puede estimarse como riesgo que justifique la conformación del injusto sistémico.

Por lo que respecta a la titularidad de los bienes jurídicos que son susceptibles de protección, la doctrina dominante acepta que quepa el estado de necesidad sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Ello significa que existe el estado de necesidad para proteger a terceros, incluso al Estado mismo. Es importante detenernos en esta cuestión aunque sea muy brevemente.

B) Estado de necesidad para proteger al Estado y la sociedad

El Estado como entidad soberana e incluso la sociedad misma pueden ser susceptibles de protección a través de la figura del estado de necesidad¹⁷²⁰. ¿Sería posible encontrar una justificación para el injusto sistémico bajo el argumento de la defensa? naturalmente se antoja una respuesta negativa a esta cuestión. No obstante, es necesaria su justa explicación y fundamentación.

Resulta procedente el estado de necesidad a favor del Estado o la sociedad, cuando es necesario actuar para evitar un daño para algún órgano del Estado o del colectivo social¹⁷²¹. Esta respuesta es demasiado amplia. Bajo una óptica ligeramente extensiva del Estado o la sociedad, se puede caer en la trampa de pensar que entonces, todo bien jurídico al encontrarse al interior de la sociedad y por ende del Estado, es susceptible de defensa necesaria, situación que no es del todo precisa. Mucho menos resulta aceptable concluir que, al hablarse de la sociedad, sea posible emplear cualquier

¹⁷¹⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 521.

¹⁷¹⁸ “(...) “actual” es un riesgo que ya ha comenzado y no ha concluido aun, el que se concretó en un daño real y pervive todavía; mientras que “inminente” es el que representa cualquier amenaza inmediata para el bien jurídico deducible de un gesto, actitud, movimiento etc., de tal manera que lleve al sujeto racionalmente a la convicción de que es necesario tomar las medidas indispensables encaminadas a protegerlo”, en Fernando VELÁSQUEZ V., *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 382.

¹⁷¹⁹ ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8ª. edic. corregida y actualizada al cuidado de Luigi CONTI, traducción de Jorge GUERRERO / Marino AYERRA REDÍN, Temis, Bogotá, 1988, pág. 217.

¹⁷²⁰ VELÁSQUEZ V, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 382.

¹⁷²¹ VELÁSQUEZ V, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 382.

medio de repulsión de peligro bajo el parámetro axiológico de que *el fin justifica los medios*.

Una de las limitaciones para el ejercicio de esta particular forma de defensa de bienes colectivos la establece JAKOBS al señalar de que no es aceptable esta clase de estado de necesidad cuando existe un procedimiento legal para defenderlo¹⁷²². De esta manera a pesar que en ambos casos el sujeto se encontraría realizando un comportamiento aceptado socialmente, se debe optar, siempre por el procedimiento regulado específicamente que sobre la causa de justificación. Para el caso que nos ocupa, ya se ha hecho mención en reiteradas ocasiones que los miembros conformadores de la organización terrorista, siempre han tenido a su alcance procedimientos legales para que sus demandas sean escuchadas.

Los bienes jurídicos son valuados de acuerdo al nivel de desarrollo de una cultura¹⁷²³, y si esto es así, entonces también cada cultura deberá proporcionar los medios que estime más convenientes para la protección de dichos bienes y valores. De lo contrario la teoría del bien jurídico carecería de sentido debido a la ausencia de efectivos mecanismos de protección. Por lo tanto es francamente complicado que una sociedad, por más primitiva que sea y que no es el caso de ningún sector de España, elija como herramienta para la defensa de bienes jurídicos la conformación de agrupaciones criminales para su defensa.

La situación plantea además un conflicto en el seno del sistema de expectativas porque por una parte la sociedad, representada por del legislador, considera que el orden público es el bien jurídico que se debe de tutelar y al mismo tiempo estaría autorizando la vulneración del mismo para defender otro semejante (identidad cultural, independencia, etc.). Pero para no ir tan lejos en un planteamiento que realmente no va más allá del ejercicio meramente teórico, hay que volver al origen de la organización terrorista que en el fondo sólo aparenta que defiende ciertos valores sociales. En realidad hay una simple búsqueda de cuestionamiento del poder político y del Estado en general como entidad depositaria de expectativas.

Volviendo la mirada a la causa se justificación, SILVA SÁNCHEZ considera que el estado de necesidad tiene un fin teleológico consistente en el mantenimiento de la paz jurídica¹⁷²⁴. La paz jurídica, desde la perspectiva que aquí se defiende, no ha de entenderse bajo el contexto de una mera definición de diccionario, sino como el mantenimiento de un ambiente saludable para el desarrollo de expectativas socialmente construidas. La causa de justificación se orienta hacia la menor perturbación del ambiente social establecido con anterioridad a la aparición del evento conflictivo¹⁷²⁵. Naturalmente que esta postura acerca del estado de necesidad se contrapone de manera absoluta a la configuración de la organización terrorista. Precisamente antes de la consolidación del evento peligrosos que justifica la intervención en estado de necesidad

¹⁷²² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 499.

¹⁷²³ SCHUNEMANN, Bernd, "Sistema de Derecho penal y victimodogmática", traducción de Mariana SACHER, en José Luis Díez Ripollés / Carlos María Romero Casabona / Luis Gracia Martín / Juan Felipe Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, reimpresión 2003, págs. 160-161.

¹⁷²⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español", en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 35, Fascículo III, Madrid, 1982, pág. 665.

¹⁷²⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad", op. cit., pág. 665.

existe un estado de cosas pacífico y ordenado, dentro de los márgenes de un orden constitucional y un clima de paz pública, elementos que persiguen alterar los miembros de la organización terrorista y esta como persona jurídica autónoma al constituirse.

La doctrina española pone sobre la mesa la cuestión de si es posible la vigencia del estado de necesidad en la modalidad de auxilio necesario, casos en el que el mal que se produce es ajeno, para destruir el peligro sobre la sociedad o el Estado como entidad política¹⁷²⁶. Podríamos poner como ejemplo meramente hipotético, que desde la perspectiva de ciertas organizaciones terroristas, el Estado es quien actúa como terrorista y por ende como generador de peligro que les ha orillado a tomar las armas en un estado extremo de imperiosa necesidad.

Conforme a la literatura, sí es posible el estado de necesidad para la sociedad o el Estado como entidad política a través de la actuación de una persona individual¹⁷²⁷. Un sujeto, entonces puede tener una actitud de amor a su patria, a sus raíces y su cultura y entonces emprender una acción de repulsión del peligro que se cierne sobre su comunidad. Negar ello sería no sólo negar una actitud de solidaridad por parte del sujeto, sino que implicaría también ir en contra de la propia naturaleza humana, porque lo que suele acontecer comúnmente es que quien tiene arraigo a su tierra, tendrá la tendencia de defenderla, así como se lucha por la familia, y por los seres humanos que se aman. Bajo este esquema, en el caso del estado de necesidad es posible la defensa de bienes comunales, o carentes de ser individualizados en sujetos específicos, pero que tienen pertenencia a un dueño¹⁷²⁸.

Sin embargo, el tema central que ocupa en este momento no es la naturaleza jurídica de los bienes que son susceptibles de defensa en estado de necesidad, sino que el problema radica en el medio que se emplea. La organización criminal no es aceptable como medio de defensa aunque el bien jurídico a defender sea del máximo valor axiológico.

Toda la serie de argumentos que se han expuesto hasta ahora, no hacen sino poner de manifiesto la incongruencia reinante al interior de la organización criminal por ser tema de nuestro contexto, y la forma en la que buscan de todas las maneras posibles justificar su actuar sin el menor éxito. El problema es que el terrorismo organizativo carece de legitimidad total y entonces cualquier intento de justificar su existencia se enfrenta a obstáculos, (algunos meramente de sentido común) que resultan insalvables.

La protección de una sociedad que busca separarse de un Estado constituido legalmente, tampoco ha de ser argumento válido para la conformación de organizaciones de tipo terrorista, paramilitares ni revolucionarias. Grandes sectores de la sociedad vasca rechazan enérgicamente la existencia de la banda terrorista, y ello es natural porque tiene relación con la búsqueda de paz que es lo que mayoría de las personas anhelan, y lo mismo sucede en México, Colombia y demás países que son cercanos culturalmente a España donde la gran mayoría de los miembros de la sociedad desean vivir en paz. La cuestión es que unos pocos que son muy poderosos, tienen el poder de desestabilizar los esfuerzos de pacificación y democratización de cualquier país.

¹⁷²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad", op. cit., pág. 670.

¹⁷²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad", op. cit., pág. 670.

¹⁷²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "Sobre el estado de necesidad", op. cit., pág. 671.

La organización terrorista no responde, en la vida cotidiana que es la vida social real, a un esquema de defensa sobre valores culturales. Es el monopolio de una violencia extrema a cargo de un pequeño grupo de extremistas que sólo velan por sus intereses utilizando a la cultura como un vehículo justificante. La defensa de la cultura es un espejismo que no funciona actualmente con los efectos deseados por los conformadores de la organización. El injusto no defiende la sociedad. No puede ampararse en un concepto extensivo del estado de necesidad justificante.

Ni siquiera el nacionalismo es compatible con la organización criminal. Para IBÁÑEZ QUINTANA, el nacionalismo tiene las siguientes características: es panteísta, imperialista, fascista y tiene una tendencia hacia el marxismo¹⁷²⁹. Conforme a GARMENDIA AGIRREZABALAGA, existen una serie de errores de índole práctica que llevan a una distinción errada entre democracia violenta y no violenta¹⁷³⁰. Desde la perspectiva que aquí se defiende, la democracia ha de ser creada en un ambiente de paz, dirigida hacia la paz futura. Sólo excepcionalmente se podrá ejercer la violencia legítima con apego al principio de legalidad.

El nacionalismo, como sentimiento, no puede ser considerado como un bien jurídico de mayor valor axiológico frente al orden público como clima de desarrollo donde se podrá gestar el caldo de cultivo para el nacimiento de expectativas estimadas socialmente valiosas. El nacionalismo incluso es problemático si no se maneja con extremo cuidado¹⁷³¹. Las organizaciones terroristas son el reflejo de la deformación del nacionalismo.

El nacionalismo, implica la protección de un sentimiento de arraigo, pero nada más. Esta afirmación no quiere decir que no haya una distinción entre cultura y nacionalismo, sino que al final del día el nacionalismo como lo maneja el extremismo no pasa de ser la reivindicación de un sentimiento. El Estado democrático no busca imponer ideologías. Persigue la cohesión y mantenimiento del propio Estado. España no representa una amenaza que legitime un esquema de estado de necesidad en defensa de la sociedad.

En síntesis, la protección de un sentimiento nacionalista no puede estar por encima del orden público que es una situación de apreciación objetivamente demostrable. El sentimiento como fenómeno psicológico no debe ser parte del universo

¹⁷²⁹ IBÁÑEZ QUINTANA, Carlos, *Amor a Euskalerría. Reflexiones de un carlista vasco en torno al nacionalismo*, Colección historia viva nº 2, Barcelona, 2000, pág. 66.

¹⁷³⁰ “La democracia sólo es posible distinguiendo la violencia democrática frente a la violencia antidemocrática, porque no existe-que sepamos-experiencia democrática sin que se ejerza violencia contra los que quieren sabotearla. La idea del puente no es correcta, porque la democracia no puede tener su asiento en los extremos, sino en el centro de la voluntad popular mayoritaria integradora. La democracia es el río mismo: su caudal y su cauce. Los que se sitúan al margen del cauce en cualesquiera de las orillas –izquierda o derecha da igual-no pueden ser integrados al caudal y cauce del río haciendo puentes entre aquellas orillas. La integración de los que se marginan será posible, en cualquier caso, dando mayor profundidad al cauce de la libertad, para que el caudal de las orillas sea atraído por la mayor fuerza de la voluntad popular. Las presas y represas (la presión y represión) no hacen sino estancar el proceso democrático, haciendo rebosar a las orillas, más y más gentes que no encuentran acomodo en el cauce”, en FRANCISCO GARMENDIA AGIRREZABALAGA, “La actual situación vasca” en JAVIER ELZO / GEMA BIZCARRONDO (eds.), *La convivencia en la sociedad vasca. Los puentes de Deusto. Actas de un debate Universitario. Junio 2000*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, págs. 48-49.

¹⁷³¹ JÁUREGUI BERCIARTU, Gurutz, “Reflexión sobre la situación vasca”, en JAVIER ELZO / GEMA BIZCARRONDO (eds.), *La convivencia en la sociedad vasca*, op. cit., pág. 54.

de la tutela penal¹⁷³². En un extremo aparece el sentimiento de nacionalismo como fundamento para la conformación del injusto de sistema, y en el otro se sitúa la paz social (orden público) como recurso del Derecho, y de la sociedad, para legitimar la activación del mecanismo asegurador de expectativas a través de la pena. Si se habla de paz social, cuesta trabajo separarlo de los sentimientos y de la teoría de su protección¹⁷³³, sin embargo, como ya se abordó en su capítulo correspondiente, ello es un espejismo porque la paz social, la seguridad pública, y el orden público, son cuestiones objetivas, apreciables y constatables en el día a día. El nacionalismo, también tiene una demostración objetiva que se materializa en la cultura. Sin embargo, la organización terrorista se encuentra muy distanciada de estos valores primigenios y ha rebasado todo límite de justificación al conformarse como sujeto autónomo.

Recapitulando, se debe de afirmar que las casusas de justificación fueron elaboradas al interior de una esfera democrática. El terrorismo se gesta al margen de esta forma de organización social. Por ello son incompatibles las causas de justificación con la conformación de la organización terrorista.

El ejercicio de un rol defensivo no puede justificar la configuración de figuras pertenecientes a las categorías del Derecho penal del enemigo. Este sistema especial asegurativo de expectativas se encuentra legitimado por su nacimiento en democracia¹⁷³⁴, mientras que el terrorismo no nace en democracia, sino que se gesta materialmente fuera de ella desde un punto de vista material como entidad generadora de inseguridad. El terrorismo se gestará formalmente dentro de la democracia, se confundiría con el entorno y entonces se presentaría un problema sistémico importante por afectación directa al mecanismo autorreferente del mismo. Ello no significa que el la organización terrorista sea democrática en un sentido ontológico.

IV.- Cumplimiento de un deber y ejercicio de un derecho

A) Cumplimiento de un deber

Conforme más se avanza en el análisis de las causas de justificación se puede apreciar una complejidad mayúscula para poder establecer un puente que permita enlazar las causas de autorización pertenecientes al tipo permisivo, con los extremos señalados por el legislador en el injusto de sistema.

Bajo este prisma se ha de llevar a cabo un esfuerzo por encontrar cierta conexión, aunque sea muy tenue, entre el fenómeno de la organización terrorista y, en el caso presente, el cumplimiento de un deber.

Para que pueda operar el ejercicio de un deber, este, el deber, ha de estar contemplado por una norma que otorgue dicho *status* al sujeto y que de tal manera haga posible que la conducta, que sea en un principio típica, se encuentre justificada legalmente.

¹⁷³² HORNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos en el STGB”, traducción de María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico*, op. cit., pág.384.

¹⁷³³ HORNLE, Tatjana, “La protección de sentimientos”, op. cit., pág. 386.

¹⁷³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “El «Derecho penal del enemigo» en la expansión del Derecho penal”, en Ricardo ROBLES PLANAS / Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, pág. 102.

El cumplimiento de un deber ha de ser comprendido como una base normativa y reflejo de la voluntad del legislador ya que donde exista un deber de actuar o de abstenerse, se reflejará la voluntad del colectivo¹⁷³⁵. El deber ha de tener su fuente en la norma misma, de tal suerte que ese ejercicio del deber haya sido previsto como posible en otra norma. Por ello la doctrina suele utilizar comúnmente ejemplos como el del militar que asesina a un enemigo en el ejercicio de un deber, en este caso como defensor de la soberanía nacional¹⁷³⁶. Así lo reconoce JAKOBS respecto del ejercicio de cargo, al mencionar que será en las leyes donde se conceden las autorizaciones correspondientes para la actuación oficial¹⁷³⁷.

Desde la perspectiva funcionalista que aquí se propugna, se considera que el ejercicio de un deber es la asunción de un rol adquirido a través de la norma. El sujeto al formar parte de cierta corporación policial, militar o cualquier especie de función pública, asume un rol que no tenía anteriormente y que sólo tendrá vigencia mientras el sujeto se encuentre en ejercicio de dicha función, siendo este un rol de vigencia temporal limitada. Ningún funcionario se encuentra las 24 horas del día de todos los años de su vida en el ejercicio de su cargo.

Para el caso que nos ocupa, con lo expuesto anteriormente, y el deber al tener un origen en una disposición normativa, deja completamente de lado la posibilidad de una mínima conexión entre dicha causa permisiva y la organización terrorista. El simple hecho de pensar en una vinculación, aunque se trate únicamente de casos de laboratorio, resulta por demás inútil, sino es que absurdo. Lo intrascendente del debate viene por lo que JESCHECK denomina como la facultad de ordenar que provenga del Estado, y el deber de obediencia que tiene el sujeto¹⁷³⁸.

B) Ejercicio de un derecho

El reverso de la moneda al explorar el cumplimiento de un deber es el ejercicio de un derecho. El legislador y la dogmática suelen clasificarlos juntos, debido a que guardan importantes similitudes en cuanto a su naturaleza jurídica. Como explica con claridad MALO CAMACHO, "(s)ignifica, en resumen, el ejercicio de un derecho que se encuentra fundado y recogido sea en una ley penal o en cualquiera otra ley extrapenal, o incluso, en pautas culturales, apoyadas en la costumbre o en expresiones o circunstancias que puedan originar en un cierto momento tal fundamento. Naturalmente tal ejercicio de un derecho, debe reunir ciertas características para ser constitutivo de la justificante que destruya la antijuridicidad"¹⁷³⁹.

La definición transcrita tiene especial interés para el tema que se explora debido a que el autor, abre demasiado el parámetro que permite establecer los límites en cuanto a las fuentes de donde nace dicho tipo permisivo. Aun así, no existe conexión alguna entre el ejercicio de un derecho y la existencia de una norma que autorice la conformación de organizaciones terroristas.

¹⁷³⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 424.

¹⁷³⁶ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., págs. 424-425.

¹⁷³⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 548.

¹⁷³⁸ JESCHECK, Hans- Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 422.

¹⁷³⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, op. cit., pág. 426.

Si se le buscan “tres pies al gato” como se dice coloquialmente, en lugar de encontrar un ejercicio de un derecho, por ejemplo de reivindicación cultural, nacionalista o de independencia, el escenario se tornaría más bien adverso porque se incurriría en un abuso en el ejercicio de un derecho como lo puede ser el de asociación. Ya se exploró en otro lugar de esta investigación, que durante un tiempo la organización ilícita fue considerada como un abuso en el derecho de asociación, de tal suerte que si un grupo de personas deciden asociarse para defender ideales independentistas ello no representa ningún interés para el Derecho penal debido a que ello es posible de hacer en democracia. No obstante ello no quiere decir, si quiera someramente, que el sistema normativo otorgue una mínima autorización para que dicho grupo de personas se asocien de forma ilícita conformando una organización terrorista.

El rol de ciudadano permite la expresión libre de ideas y el ejercicio de derechos, como por ejemplo el de las profesiones. La persona en derecho funcionalista tiene un abanico de posibilidades para desarrollarse en sociedad y ejercitar aquellos roles que las propias normas le autorizan. Naturalmente, la conformación de una banda terrorista excede del ámbito de organización del rol de ciudadano, a tal grado, que se pierde la personalidad funcional para trasladarse al ámbito de la enemistad. Este tránsito es decidido por el legislador y no por un simple observador¹⁷⁴⁰. De esta manera no hay compatibilidad entre el ejercicio de un derecho y los presupuestos del Derecho penal del enemigo. Si esto fuese así, el sistema jurídico sufriría un caos sistémico al autorizar el derecho a ser enemigo como una causa de justificación.

V.- Consentimiento

La cuestión del consentimiento escapa de los parámetros requeridos para el análisis de la relación entre dicha causa de juridicidad (o de atipicidad, según ciertas corrientes encabezadas por ROXIN¹⁷⁴¹) y la organización terrorista y su conformación. No es posible imaginar que alguien manifieste el consentimiento para lesionar el orden público y la seguridad cognitiva porque plantea problemas dogmáticos de profunda sistematización (como la titularidad del bien y la disponibilidad del mismo) y que para fines prácticos no tienen ninguna relevancia.

VI.- Síntesis

La vida en sociedad, con todos los elementos comunicativo-normativos que implica entraña una importante complejidad sistémica. Parte de esa complejidad se presenta al momento en el que por diversas situaciones existe un conflicto de intereses entre personas. El conflicto siempre ha sido una de las características de las personas y el Derecho ha tratado siempre de regular en la manera de lo posible dichos eventos, que si se dejan a la deriva, pueden culminar en procesos caóticos y resultados funestos socialmente. El conflicto no regulado puede llevar incluso a la extinción de la propia sociedad.

Sin embargo, el Estado como entidad reguladora por excelencia, no puede estar presente en absolutamente todos los momentos de la vida social. Por ello el propio sistema crea sus propias excepciones y las autoriza como válidas. El Derecho es un

¹⁷⁴⁰ POLAINO-ORTS, Miguel, “Realidad y ficción”, op. cit., pág.515.

¹⁷⁴¹ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 509.

sistema de tal desarrollo que tiene la facultad de auto regularse a sí mismo, de ahí su naturaleza autorreferencial como esencia de su clausura operativa.

El sistema de las causas de justificación, que se encuentra al interior del Derecho, son aquellas excepciones a la antijuridicidad que de manera excepcional, el legislador ha considerado como oportunas para permitir el desarrollo pacífico en sociedad.

El terrorismo, por otra parte, es la excepción a la paz y a la juridicidad, representando la conducta de mayor desestabilidad social (sin menospreciar por supuesto al secuestro, narcotráfico, la trata de personas y el genocidio) que contemplan las modernas codificaciones penales. La organización terrorista, como una especie de dicho fenómeno, es la más desestabilizadora de todas, sólo se le empata el atentado mismo como acto terrorista, ello debido a que implica una construcción objetiva de inseguridad, una desautorización de la sociedad en sus raíces normativas, en las normas de flaqueo, que como lo explora la literatura especializada, son el soporte sobre los que descansa el edificio cultural. El terrorismo desestabiliza el Estado desde sus cimientos y repercute en la democracia¹⁷⁴².

Las causas de justificación, representan una expectativa autocompositiva de conflictos y de ejercicios de derechos-deberes, que la misma sociedad ha configurado positivamente. Dichas causas han de tener como límite las propias expectativas de la sociedad, de tal manera que la ciudadanía, la sociedad, la norma, es su origen y su límite, su alfa y omega.

Bajo este prisma, la contradicción entre causas de justificación y terrorismo organizativo es palpable. No puede concebirse una idea de justificación (en el evidente sentido de justificación dogmática), con la negación misma del Derecho que es la enemistad manifiesta que se traduce en la conformación de la organización terrorista. ¿El Derecho puede seguir siendo tal si autoriza la producción de terror?, naturalmente que no, sino que por el contrario, el terror como fenómeno objetivo tiene tal rechazo que por ello la conducta es delictiva y busca ser neutralizada por medio del adelantamiento de la barrera de castigo.

Aceptándose que es lícito matar si el que sufre el perjuicio ha producido la colisión de derechos¹⁷⁴³. En el caso de la organización criminal, se puede afirmar que es lícito defenderse organizadamente si hay colisión de intereses también, sin que ello importe un ejercicio de esa prerrogativa excesivamente. El terrorismo siempre es excesivo, es la negación del diálogo normativo y de la vida en sociedad.

La autoexclusión potestativa que implica la estructuración de la banda terrorista, también tiene una careta diferente en el ámbito de las víctimas y la despersonalización de las mismas.

¹⁷⁴² MIRÓ LLINARES, Fernando, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 188.

¹⁷⁴³ JAKOBS, Günther, “Sobre el concepto de persona en Derecho”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Ara editores, Lima, 2011, pág. 25.

Esta temática, poco explorada en su aspecto funcionalista, pero generadora de enorme interés, ha sido expuesta por JAKOBS utilizando ejemplos distintos pero que pueden ser tratados análogamente para la temática presente. El maestro alemán afirma que, en el particular ejemplo del sacrificio sobre la vida de seres humanos para salvar la vida de la madre que peligra, hay que plantear una pregunta: “¿Cómo podríamos explicar que el niño en el momento del parto (esto es: un ser racional el menos en el sentido virtual) tiene una obligación *jurídica* a ceder y no únicamente que es tratado como alguien a quien se fuerza coactivamente mediante el poder? En este contexto una pregunta secundaria es si las víctimas en absoluto serían personas o, presupuesto que lo fueran, si no serían despersonalizadas en el caso concreto”¹⁷⁴⁴. La cuestión que implica un conflicto clásico de estado de necesidad agresivo es ahora mencionada por que es interesante reflexionar en relación al cobro de vidas imputable a las organizaciones terroristas alrededor del mundo. En este sentido, se presenta un fenómeno de despersonalización de la víctima, para transformarla en una “cosa”, una moneda de cambio para el cumplimiento de fines que se suponen son de tal valor axiológico que vale la pena dicho sacrificio.

Bajo este esquema, es absolutamente inaceptable que el Derecho llegase a contemplar una justificación al precio de “cosificar” a los miembros integrantes y participantes de la comunicación social, (por las venas de la comunicación corre la vida en sociedad). Este es el *quid* del terrorismo que se busca subrayar con estas palabras. Los conformadores y la entidad autónoma conformada, no sólo se excluyen del Derecho a sí mismos, sino que también excluyen, bajo su esquema paradigmático, a las potenciales víctimas de su conformación. Por ello la peligrosidad y producción de inestabilidad social que genera la organización terrorista es manifiesta.

El conflicto de intereses se encuentra vigente en materia de terrorismo; de un lado, tenemos el Estado y sus intereses y, de otro, la organización y los suyos. Naturalmente el conflicto ha tenido un coste a lo largo de los años, basta echar un vistazo al número de personas fallecidas, heridas y traumatizadas para toda su vida que ha dejado el terrorismo.

El terrorismo no termina cuando se desarticulan las organizaciones criminales, como tampoco sucede con los cárteles de la droga en el mundo y toda suerte de injustos de organización. La desarticulación de las bandas y la sanción de los responsables, el restablecimiento de la norma cuestionada y la indemnización a las víctimas, es sólo una parte de la solución pero no es *la solución*.

Para cerrar este capítulo es oportuno reflexionar brevemente sobre el deber de sacrificio que existe entre los ciudadanos. ¿Es lícito imponer una obligación de sacrificio ante el conflicto de intereses como parte del concepto de persona? La respuesta se encuentra sumergida en una espesa nebulosa, como lo plantea JAKOBS al cuestionar si hay una relación de compatibilidad entre persona y sacrificio¹⁷⁴⁵. El tema tiene una importante relación con las causas de justificación y, en su caso, con la responsabilidad de la víctima como generadora del conflicto. Sin embargo, JAKOBS asume que en temas de conflictos, en ocasiones, el Derecho no tiene todas las respuestas¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴⁴ JAKOBS, Günther, “Sobre el concepto de persona en Derecho”, op. cit., pág. 26.

¹⁷⁴⁵ JAKOBS, Günther, “Sobre el concepto de persona en Derecho”, op. cit., pág. 26.

¹⁷⁴⁶ JAKOBS, Günther, “Sobre el concepto de persona en Derecho”, op. cit., pág. 27.

Desde otro punto de vista, el hecho de poder llevar a cabo acciones como las de quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista, atentan directamente contra el bien jurídico de orden público y el ambiente normativo generado por la vigencia de la norma. Esto se debe a la desestabilización objetiva que produce la organización misma que vulnera incluso el libre desarrollo en los espacios públicos, y por ende el orden público¹⁷⁴⁷ por lo que la conducta es absolutamente punible y nunca aceptable en sede de causas de justificación desde la perspectiva del orden público como bien jurídico tutelado de la mano con la vigencia de la norma.

¹⁷⁴⁷ PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, pág. 966.

CAPÍTULO X
CULPABILIDAD

I.- Estado de la cuestión

En la elaboración del presente capítulo se es consciente de la complejidad que implica abordar la culpabilidad en el delito de organización criminal desde una perspectiva funcional-normativista. En ese sentido y por la propia naturaleza de la investigación, no se llevará a cabo un estudio acerca de las teorías de la culpabilidad en su vertiente histórica. Sin embargo, resulta inevitable hacer por lo menos alguna referencia introductoria sobre la teoría psicológica de la culpabilidad y sus aportaciones a la teoría general del delito. Lo anterior siempre orientado hacia la conducta terrorista organizativa. De la misma manera se hará en el caso de la teoría normativa, para centrarnos posteriormente en la teoría funcional de la culpabilidad que es a la que nos suscribimos.

Antes de sumergirnos en la temática, no debe pasar desapercibido que la culpabilidad, y más aun la “culpa” como una estigmatización hacia la persona, ha sido empleada a lo largo de la historia para tratar de justificar lo injustificable desde las acciones del terrorismo organizado.

El terror ha acompañado juicios de corte racista, vejatorio, discriminatorio, como subraya ARENDT¹⁷⁴⁸. Existe un binomio terror-culpa. El terror sirve para señalar, segregar y ordenar según la configuración de quien funge como señalador; quien domina es aquel que lleva a cabo las acciones terroristas, no bajo un esquema de sabiduría o de justicia, sino sencillamente respondiendo a una ley inherente a ellos¹⁷⁴⁹. De esta manera, los configuradores de la organización no habrán de tener el menor grado de concientización o de pena natural por el injusto sistémico que han construido, porque no hay confrontación entre categorías axiológicas. El terror, por ejemplo, ejercido por aparatos organizados de poder así lo ha hecho y ha funcionado como una de las principales características de los Gobiernos totalitarios¹⁷⁵⁰. El terror actúa como ejecutor de sentencias contra los indeseables¹⁷⁵¹. El terror ejercido por gobiernos o por organizaciones criminales es el mismo desde el punto de vista ontológico. Persigue la imposición de expectativas por medio de la fuerza absoluta. Es una vuelta a un estado primitivo de la sociedad.

La culpabilidad, entonces, tendrá que ser una categoría que sirva de filtro a todo lo que rodea a la acción terrorista y que pondere, conforme a Derecho, la gravedad de la conducta desplegada y sirva de directriz para la proporción de la consecuencia jurídica que habrán de recibir los implicados. En oposición, el terror, y por ende su empleo

¹⁷⁴⁸ ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo, SOLANA, Taurus, Madrid, 1998, pág. 564.

¹⁷⁴⁹ ARENDT, Hannah, *Los orígenes*, op. cit., pág. 564.

¹⁷⁵⁰ “El anillo férreo del terror, que destruye la pluralidad de los hombres y hace de ellos El Único que actuará infaliblemente como si él mismo fuese parte del curso de la historia o del de la Naturaleza, se ha hallado un recurso no sólo para liberar las fuerzas históricas y naturales, sino para acelerarlas hasta una velocidad que jamás alcanzarían por sí mismas”, en Hannah ARENDT, *Los orígenes*, op. cit., pág.566.

¹⁷⁵¹ “Prácticamente hablando, esto significa que el terror ejecuta en el acto las sentencias de muerte que se supone ha pronunciado la Naturaleza sobre razas o individuos que son “incapaces de vivir”, o la Historia sobre las “clases moribundas”, sin aguardar al proceso más lento y menos eficiente de la Naturaleza o de la Historia mismas”, en Hannah ARENDT, *Los orígenes*, op. cit., pág.566.

ordenado y doloso que se traduce en el terrorismo, no tiene baremo. No posee ningún filtro, nada semejante a un moderno concepto depurador como el de la culpabilidad.

La doctrina alemana, española, así como la de los países del entorno, desde el punto de vista dogmático, se ha ocupado necesariamente en algún momento de la teoría del delito sobre la culpabilidad como una categoría anterior a la punibilidad. La importancia de ésta radica en que sobre ella descansa la determinación de la responsabilidad jurídica personal por la comisión del injusto típico. Suele ser considerada como la última característica del concepto de delito. No obstante, para POLAINO NAVARRETE el delito comprende también la punibilidad como característica esencial del mismo¹⁷⁵², en cuanto integra en el mismo las exigencias político-criminales determinantes de la necesidad de imposición de una sanción penal, doctrina que comienza a ser compartida ampliamente.

En este trabajo se parte de una base normativa de la culpabilidad, entendiendo ésta como un reproche que se hace al autor por no haber desplegado una conducta conforme a Derecho habiendo tenido la posibilidad y el deber de hacerlo¹⁷⁵³. Ello ha de ser tomado en cuenta sólo como una base para el análisis de la categoría en comento. La concepción a la que aquí nos sumamos es la correspondiente a una teoría funcional de la culpabilidad para proyectarla en el estudio de la organización terrorista.

En Derecho penal, y en particular en el desarrollo dogmático, de la teoría del delito, se han llevado a cabo reflexiones muy importantes para atender la temática de la imputación. Este desarrollo podría remontarse hasta tiempos bíblicos cuando, conforme a la tradición religiosa, Dios reprochó a la primera pareja el haberle desobedecido. Partir de una génesis histórica tan lejana no es conveniente -aunque no por falta de interés- para los fines de investigación que aquí se persiguen. Ni siquiera un desarrollo histórico de la culpabilidad durante el siglo pasado tendría adecuada cabida. Sin embargo, es importante mencionar que el concepto de culpabilidad es el resultado de un proceso de evolución histórica¹⁷⁵⁴.

Ante esta situación ha de tomarse como breve punto de partida la cuestión relativa al concepto psicológico de culpabilidad. En la época del causalismo clásico la categoría de la culpabilidad, como señala la doctrina general, partía de un nexo causal entre la mente del sujeto y el hecho acaecido. Por ello se le denomina teoría psicológica de la culpabilidad. Para VON LISZT, no es suficiente que haya un resultado apreciable objetivamente, sino que también es necesario que se presente un nexo subjetivo (psicológico) entre autor y acto vinculado al resultado, para que entonces se pueda hablar de culpabilidad¹⁷⁵⁵. La teoría del nexo causal, ampliamente extendida en México, ya no responde a las modernas necesidades de la vida comunicativa actual. Sin embargo, en la época de su apogeo, ésta se concebía como una relación psicológica entre autor y hecho, que llegaba a comprender también cuestiones tan vagas como imaginación, sentimientos etc.¹⁷⁵⁶. De tal manera que resultaba importante para el Derecho penal encontrar la correspondencia entre tales elementos, por ejemplo entre el

¹⁷⁵² POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual*, op. cit., pág. 17.

¹⁷⁵³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual*, op. cit., págs. 16-17.

¹⁷⁵⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal. Tomo V. La culpabilidad*, Losada, Buenos Aires, 1956, págs. 114 y ss.

¹⁷⁵⁵ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 375.

¹⁷⁵⁶ VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 376 y nota al pie 3.

sentimiento de ira y la muerte del sujeto acaecida objetivamente traducida en un cadáver. Sin embargo, a pesar de lo importante para el mundo que resultó en su momento, la teoría psicológica de la culpabilidad permanecía ciega ante una serie de elementos que impregnan de significancia a la conducta antijurídica.

JIMÉNEZ DE ASÚA otorga especial importancia al dolo y la culpa como presupuestos de la culpabilidad y fundamento del psicologismo imperante en la teoría¹⁷⁵⁷. Dichos elementos son el soporte de la existencia fáctica generada por la voluntad del sujeto mismo. La división entre lo objetivo y lo subjetivo, efectuada por la teoría causalista, tenía la virtud de separar claramente, lo fenomenológico, y por ende brindar seguridad en cuanto al resultado producido. Sin embargo, ello generó importantes cuestionamientos en el tema de la imputación de dicho resultado. A modo de síntesis, la parte concerniente al injusto poseía los elementos objetivos (producción del resultado), mientras que lo subjetivo era terreno de la culpabilidad, la suma de estos segmentos daba como resultado el delito¹⁷⁵⁸. La teoría psicológica se limitó al reconocimiento del nexo psicológico entre resultado y su titular, por lo que se encontraba realmente vacía de contenido normativo. No había presencia de valoraciones o elementos normativos, sino que era pura descripción del vínculo¹⁷⁵⁹.

Sin embargo, en poco tiempo el modelo comenzó a recibir críticas y en Alemania dio inicio a una serie de desarrollos dogmáticos que se venían gestando desde finales del siglo XIX. RADBRUCH, autor de aportaciones, no sólo a la ciencia penal, sino a la historia del Derecho penal¹⁷⁶⁰ y otras ramas como la filosofía, es considerado por JIMÉNEZ DE ASÚA como “el más característico defensor de psicologismo”¹⁷⁶¹. No obstante, otros especialistas opinan que el maestro alemán pertenecía a la corriente del *neokantismo* y por ende manejaba un entendimiento de la dogmática como una verdadera ciencia cultural dirigida hacia la comprensión del sentido y no meramente de la facticidad¹⁷⁶². Los estudiosos del tema pronto se percataron de la necesidad de imprimirle una orientación “valorativa” y por ende de la exigencia de abandonar ese causalismo psicologizante extremo para comenzar a orientar la ciencia penal con criterios expuestos por RADBRUCH y los seguidores de la corriente del *neokantismo*.

Bajo el mismo esquema argumentativo, ZAFFARONI afirma que los principales errores en los que incurrió la concepción puramente psicológica de la culpabilidad consistieron en que no pudieron explicar satisfactoriamente figuras como la imprudencia, la imputabilidad y el estado de necesidad inculpante¹⁷⁶³. La teoría psicológica de la culpabilidad y sus presupuestos, así como la concepción de dolo y culpa como “especies de culpabilidad”¹⁷⁶⁴ dan para elaborar toda una tesis doctoral y elementos como la imputabilidad o atribuibilidad ya son complicados a efectos sólo de en tratar de dilucidar mentalmente todo lo que implican.

¹⁷⁵⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 149.

¹⁷⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 441.

¹⁷⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 441.

¹⁷⁶⁰ Vid. RADBRUCH, Gustavo / GWINNER, Enrique, *Historia de la criminalidad (ensayo de una Criminología histórica)*, notas y adiciones por Arturo MAJADA, Bosch, Barcelona, 1955.

¹⁷⁶¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, op. cit., pág. 149.

¹⁷⁶² MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, *La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch*, Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1988, pág. 15.

¹⁷⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 442.

¹⁷⁶⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 38, Fascículo II, Madrid, 1985, pág. 288.

Posteriormente el concepto de culpabilidad y su tratamiento dentro de la dogmática alcanzó un importante desarrollo con los trabajos de FRANK y GOLDSMIDT. En este sentido fue formulado lo que modernamente es conocido como el concepto normativo de culpabilidad. En el centro del propio modelo normativo de culpabilidad se encuentra su mayor dificultad, es decir, en el hecho de poder actuar de otro modo. Gran crítica ha recibido esta concepción debido a que la doctrina más autorizada ha establecido que no es posible constatar que el sujeto realmente podría haber actuado de otra manera. Para TORÍO LÓPEZ, esta característica es el fundamento del concepto material de culpabilidad¹⁷⁶⁵. Lo normativo de la teoría radica en que ya no es una mera descripción del evento acaecido materialmente, sino que hay una valoración del juzgador en el sentido de un “reclamo” por no haberse el sujeto conducido conforme a los mandatos de la norma, habiendo tenido la oportunidad de hacerlo. Ello significa que la norma es el centro del reproche. A partir de ella se inicia el camino valorativo, la norma es el marco de referencia en cuanto modelo de orientación.

II.- Concepto funcional de culpabilidad

A) Principio de culpabilidad y pena

La doctrina alemana de mayor desarrollo y aporte creativo en el tránsito al siglo XXI corre de la mano de JAKOBS y su cosmovisión funcionalista del Derecho y la sociedad. Bajo este esquema, en el que se orienta la presente tesis, también el maestro alemán ha hecho importantes aportaciones en materia de culpabilidad a la moderna teoría general del delito. La concepción de pena retributiva ha de ser rechazada en su relación con la culpabilidad¹⁷⁶⁶.

Para comprender el concepto funcional de culpabilidad es importante situarse a través del prisma sistémico de la sociedad, que se ha venido exponiendo a lo largo de la presente investigación. De no ser así, no podrá comprenderse la esencia de las ideas que JAKOBS ha buscado dejar en claro.

La culpabilidad, entonces, ha de ser entendida como aquella ausencia de motivación conforme a Derecho, siempre que el sujeto pueda ser responsable de dicho déficit¹⁷⁶⁷. Naturalmente quedan excluidos aquellos extremos empleados en tiempos pasados sobre la imputación de la responsabilidad por el destino, temática que JAKOBS desarrolló con cierto detalle y a través de ejemplos. La relación entre culpabilidad y prevención general positiva es evidente para este modelo¹⁷⁶⁸.

En una sociedad donde la comunicación es parte esencial del sistema, e incluso para autores como LUHMANN la comunicación es el sistema mismo, lo relevante es el sentido de las comunicaciones. A través del sistema de expectativas se ha construido un esquema normativo por medio del cual la sociedad comunica lo que considera válido y aquello que debe ser rechazado. Ante este panorama quien no se orienta conforme a

¹⁷⁶⁵ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual”, op. cit., pág. 288.

¹⁷⁶⁶ SÁNZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en José Luis Díez Ripollés / Carlos María Romero Casabona / Luis Gracia Martín / Juan Felipe Higuera Guimerá (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante*, op. cit., pág. 152.

¹⁷⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 566.

¹⁷⁶⁸ SÁNZ MORÁN, Ángel José, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, op. cit., pág. 158.

dichas expectativas, es culpable de tal falta de orientación. De esta manera, el sujeto “desorientado” también comunica su oposición y por ende ha de ser comunicado contrafácticamente. Ello no quiere decir que el Derecho haya de ser considerado como un sistema que sirve para fines propios, como un círculo vicioso, la defensa de la norma por la norma, sino que JAKOBS propone un concepto de culpabilidad orientado hacia fines de prevención.

La culpabilidad como presupuesto de la punibilidad, implica la imputación de una conducta que ha sido dirigida por una voluntad defectuosa¹⁷⁶⁹. Al sujeto le es irrelevante motivarse conforme al sistema de expectativas que se encuentran materializadas en la norma. La voluntad defectuosa posee un importante sentido comunicativo. De esta manera, el sujeto exterioriza la falta de interés que le merece la sociedad, proyectando sus propios objetivos individuales como poseedores de un mayor valor axiológico.

JAKOBS estima que la culpabilidad es una limitante que responde al principio humanidad, es decir, de respeto a la dignidad humana¹⁷⁷⁰. Dicha afirmación resulta interesante, sobre todo desde la óptica de la crítica que se refiere al funcionalismo como una doctrina que se opone al garantismo. Incluso se establece una vinculación entre la pena y dicho principio de la siguiente manera: “la prohibición de vulnerar la dignidad humana debe limitar la optimización de la utilidad de la pena”¹⁷⁷¹. De esta manera se evita la instrumentalización del sujeto.

Como se mencionó anteriormente, la pena debe ir orientada hacia fines de prevención general. De esta manera el castigo habrá de ser considerado como una herramienta para el mantenimiento del orden social. Por tanto, la pena será considerada como un elemento con utilidad que se orienta hacia fines¹⁷⁷². El castigo tiene la utilidad de mantener la confianza general en el modelo de orientación¹⁷⁷³. Bajo este esquema, el Derecho penal castiga no mirando hacia el futuro, sino al presente para robustecer el Derecho en el momento actual¹⁷⁷⁴. Sin embargo, dicha afirmación resulta difícil de comprender, debido a que en relación a la ejecución de una conducta culpable se complica realmente poder establecer con claridad el momento “presente” y el momento “futuro”. Más bien se comulga con la idea que la pena ha de fortalecer la confianza en la norma tanto en el momento presente como en el futuro. Si el futuro no fuese relevante, la teoría de la prevención general positiva se encontraría ante un importante obstáculo al interior de la vida en sociedad.

Bajo este esquema vinculado a las implicaciones de la pena hacia la sociedad, la culpabilidad ha de servir como un reconocimiento de la dignidad de la persona al ser castigada con una finalidad adecuada desde el punto de vista funcional. La pena ha de ir orientada hacia una finalidad social pero limitada en cuanto a su utilidad, por el principio de culpabilidad evitando, de esta manera, que la persona sea tratada como una cosa¹⁷⁷⁵. De esta forma, el concepto de culpabilidad tiene una utilidad, no sólo

¹⁷⁶⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 15.

¹⁷⁷⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 16.

¹⁷⁷¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 16.

¹⁷⁷² JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 16.

¹⁷⁷³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 581.

¹⁷⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 581.

¹⁷⁷⁵ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 17.

relacionada con la pena como reforzamiento del Derecho, sino que también como una limitante del propio castigo.

En otro orden de ideas, JAKOBS establece que el vínculo entre culpabilidad y pena se encuentra también relacionado con el “dolor”, de tal suerte que si un sujeto tiene culpabilidad, el dolor de la pena será de tal intensidad que el camino delictivo que ha emprendido represente más desventajas que ventajas¹⁷⁷⁶. Esta cuestión relativa al dolor ha sido expuesta por el maestro alemán dentro de un contexto comunicativo y así debe de ser comprendido, alejándose el análisis de toda consideración psicológica. El dolor sólo puede imponerse en la medida que este sirva para solucionar el daño que ha producido el sujeto con su actuar¹⁷⁷⁷.

La culpabilidad, entendida como pérdida, sirve como baremo de la prevención general positiva que implica como destinatarios a la generalidad y cuyo efecto es “positivo” porque reafirma la vigencia de la norma cuestionada¹⁷⁷⁸.

En síntesis, la relación entre culpabilidad y pena radica en que esta última cumple la función de prevención general positiva, de tal suerte que sin esta, no puede cumplirse tal función preventiva. La culpabilidad implica el respeto al principio de humanidad en el Derecho penal.

B) Culpabilidad como comunicación

Se ha señalado anteriormente que la culpabilidad refleja una comunicación defectuosa, o de otra manera, comunicación no conforme a Derecho. En este contexto, y volviendo a LUHMANN, se puede afirmar que el sujeto, al comunicarse de manera desorientada (en el sentido de que su comunicación transita en sentido opuesto al del mensaje comunicativo de la norma), no lleva a cabo el acoplamiento estructural requerido para comunicarse correctamente en sociedad. En pocas palabras, la comunicación defectuosa implica una falta de adaptación hacia el sistema. La comunicación que es imputada culpablemente demuestra una ausencia de adecuación conforme a la sociedad.

El Derecho penal de culpabilidad ha sido objeto de vivo debate en su concepción normativa al señalarse que es indemostrable científicamente la posibilidad del sujeto de haber podido conducirse de forma distinta a como lo hizo¹⁷⁷⁹. Sin embargo, tal dificultad se ve seriamente disminuida en el caso de la concepción funcional de la culpabilidad, en el sentido que la acción culpable implica una expresión de sentido, de tal suerte que al Derecho ya no le va a interesar si el sujeto pudo llegar a actuar de otro modo -además de las miles de posibilidades conductuales que deberían de analizarse y que harían imposible la emisión del reproche- sino que le va a importar el mensaje que ha emitido el sujeto.

En un ejemplo: una organización terrorista determina a uno de sus miembros para que lleve a cabo la colocación de una bomba en cierto centro comercial de

¹⁷⁷⁶ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 55.

¹⁷⁷⁷ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., págs. 55-56.

¹⁷⁷⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 56.

¹⁷⁷⁹ ROXIN, Claus, *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus, Madrid, 1981, pág. 41.

Barcelona. El Derecho no puede ocuparse de qué, cuáles y en qué manera dicha situación pudo haber sido evitada por el sujeto, o si podría haber llegado a optar por otro modelo de actuación. Lo importante es que a través de su conducta ha rechazado la vida de otras personas considerándolas sin importancia y por ende lo ha comunicado materialmente con el atentado y los funestos resultados.

Así las cosas, el concepto funcional de culpabilidad implica un cambio en el paradigma de la categoría, para observarla desde el prisma de la comunicación social, como un nuevo modelo que se ajusta a las modernas exigencias de la sociedad de riesgo. Ya no se observa únicamente la acción del sujeto, sino que se valora el sentido de la misma. Bajo este esquema, JAKOBS considera que el sujeto actuante lo hace en dos planos, el natural y el social. A través del concepto de culpabilidad se separa “naturaleza” de “sentido” como dos categorías distintas¹⁷⁸⁰. Ello da como resultado que la expresión de sentido culpable implica una comunicación defectuosa. Sin embargo, ¿dónde queda la naturaleza? En principio ello es irrelevante, porque en la naturaleza no hay comunicación entre personas y por ende no hay Derecho. JAKOBS afirma que el autor o expresa sentido o se mantiene en el terreno de la naturaleza¹⁷⁸¹. Ello desde el plano de la imputación, por ejemplo los niños comunicativamente se encontrarían dentro de la naturaleza debido a una ausencia absoluta de posibilidad comunicativa para el sistema jurídico¹⁷⁸². De esta manera sería ocioso que el Derecho se tratase de comunicar, a través de la pena, con alguien que es incapaz de recibir el mensaje. De ahí la inimputabilidad de ciertos sujetos determinados normativamente, no naturalmente.

En este sentido se parte de un concepto de imputabilidad general¹⁷⁸³. Al analizar la categoría del enajenado, TORÍO LÓPEZ estima que ésta debe ser comprendida de manera valorativa a través de la norma¹⁷⁸⁴, que es la que, a través de un reconocimiento de la naturaleza, niñez, trastornos, etc., determina la inutilidad del castigo para ciertos sujetos.

El Derecho es comunicación que se enfrentará a la acción culpable. La confrontación se producirá en el plano de los mensajes y por ende habrá un intercambio. En este orden de ideas, el Derecho habrá de repudiar toda expresión de sentido que sea defectuosa¹⁷⁸⁵. Por defectuoso no se refiere al emisor, sino al mensaje como un sentido “alterado-no conforme a Derecho”.

Esta temática obliga a explorar un vínculo inevitable que existe entre acción y culpabilidad, porque si el análisis se hace minuciosamente se puede afirmar que la culpabilidad no es propiamente expresión de sentido, sino que la *acción culpable* es la

¹⁷⁸⁰ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 60.

¹⁷⁸¹ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 60.

¹⁷⁸² “Por ejemplo un pedagogo puede entender que el hecho de un niño tiene sentido, aunque desde el punto de vista penal el hecho esté en el campo de lo natural. Y más específicas son aun las reglas en el ámbito de la imputación a título de mérito. Desde el punto de vista que aquí interesa, el del Derecho penal, el concepto de culpabilidad es el que separa sentido de naturaleza”, en Günther JAKOBS, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 60.

¹⁷⁸³ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito”, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo*, op. cit., pág. 1017.

¹⁷⁸⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación»”, en *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, pág. 972.

¹⁷⁸⁵ JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona*, op. cit., pág. 63.

realmente portadora del mismo. “Sin culpabilidad no hay acción”¹⁷⁸⁶ es en resumidas cuentas lo que se debe tener bien presente en el sentido ya mencionado en este trabajo.

Generalmente la doctrina tradicional considera que la acción es la primera categoría en el camino hacia el injusto y finalmente hacia la punibilidad. De esta manera se explora la acción típica, antijurídica, culpable y punible, además de todas las variantes que se han presentado a lo largo de la historia de la dogmática, bajo un esquema que parecía inamovible. Sin embargo, JAKOBS plantea un sugerente cambio de paradigma en el delito como entidad portadora de sentido: así, la acción ya no es presupuesto de la culpabilidad, sino que la culpabilidad es presupuesto de la acción¹⁷⁸⁷.

Bajo este planteamiento, la acción es expresión del sentido y por ende, al emitir una comunicación en contra de la norma, entonces ya es culpable¹⁷⁸⁸. De esta manera, la culpabilidad se sitúa en la acción, bajo un esquema “clásico” de estructuración de los elementos del delito. Queda desechado el espejismo del fraude de etiquetas, o la posibilidad de confundir que dicho cambio de posicionamiento de la culpabilidad responde a una concepción meramente didáctica para el análisis de los presupuestos de la punibilidad. Por el contrario, el cambio de prisma al considerar a la culpabilidad como un presupuesto de la acción, sólo puede ser entendido bajo un esquema de sociedad entendido como atmósfera de comunicaciones. Así, el hecho de desplegar una acción constituye al sujeto en culpable¹⁷⁸⁹. El hecho de llevar a cabo la acción ya presupone la culpabilidad en razón de las implicaciones comunicativas que conlleva, razonamiento que también puede extenderse a los presupuestos de la culpabilidad tales como la imputabilidad. Sólo los imputables comunican. En síntesis, JAKOBS afirma de manera contundente: “acción es la asunción culpable de la competencia por una lesión de la vigencia de la norma”¹⁷⁹⁰. De esta forma, se pone de manifiesto que, desde un punto de vista sistémico, la invasión, injustificada y sin exculpación, de esferas de organización ajenas implica culpabilidad.

La acción se encuentra conformada por evitabilidad y culpabilidad¹⁷⁹¹. La evitabilidad va orientada hacia el hecho de no haber detenido un acontecimiento que era posible contener. Se estudia la existencia de un motivo dominante que, si hubiese existido, entonces hubiera llevado al sujeto a conducirse conforme a Derecho evitando lo acaecido¹⁷⁹². La evitabilidad implica un “buen motivo” para que el sujeto respetuoso del Derecho evite aquello que es contrario a la norma¹⁷⁹³. De esta manera, aquel que evita lo socialmente agresivo (vulneración al Derecho) es ciudadano. Sin embargo, este “buen motivo” puede ser fácilmente substituido por un “mejor motivo”, como el que impulsa ideológicamente a las organizaciones terroristas. Esto es lo que realmente sucede en la vida criminal; el Derecho es desplazado por una concepción unidimensional del mundo.

Para entender la acción, como afirma MONTEALEGRE LYNETT, es necesario explorar el fenómeno desde el prisma del *esquema social de interpretación del*

¹⁷⁸⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, “Estudio introductorio”, op. cit., pág. 23.

¹⁷⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 112.

¹⁷⁸⁸ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., págs. 112-113.

¹⁷⁸⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 117.

¹⁷⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 117.

¹⁷⁹¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 118.

¹⁷⁹² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 174.

¹⁷⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 173.

*suceso*¹⁷⁹⁴. Es decir, el ambiente donde se despliega la acción será donde se determinen las implicaciones de la misma. La cuestión problemática de cómo se determina este esquema social sólo puede ser resuelta a través de la imputación objetiva¹⁷⁹⁵. Así, la acción implica una configuración del mundo que desautoriza la vigencia de la norma, y por ello se puede afirmar que sólo hay acción cuando se actúa de manera culpable¹⁷⁹⁶. Situación que es patente en la conformación de la organización terrorista. Bajo los criterios generales de la imputación objetiva, lo que es relevante no es el vínculo causa-efecto sino el de medio-fin¹⁷⁹⁷.

La evitabilidad es la expresión de un sentido conforme a Derecho. Quien evita un mal causado por sí mismo actúa correctamente. Quien evita un posible resultado por imprudencia también lo hace. Quien evita conducirse en contra de la norma en un delito doloso, es decir, no llevándolo a cabo, también expresa un sentido conforme a Derecho, de ahí el arrepentimiento. Quien evita la lesión a la norma se sitúa lejos de los riesgos no permitidos.

El sujeto que incrementa el riesgo de manera antijurídica es culpable por el delito cometido. El problema del incremento del riesgo y demás vectores de la imputación objetiva no pueden ser explorados aquí, por lo que sólo hay que conservar la referencia al incremento del riesgo y su relación con la evitabilidad. En todo caso, a los efectos que interesan, siempre será evitable la conformación de una organización de tipo terrorista, cuestión que será fundamentada a la luz del principio de culpabilidad en el apartado siguiente.

De forma sintética JAKOBS señala que la culpabilidad ha de cubrir dos grandes rubros: el primero, referente a que el hecho es producto de una persona y no mera causalidad y el segundo, relativo a que tal persona tiene la aptitud para formar parte de los asuntos públicos¹⁷⁹⁸. En otras palabras, la acción culpable implica una construcción de la persona y como tal ha de entenderse como aquella con capacidad para lo social. Fuera de lo social no hay personas. En este mismo sentido, la culpabilidad es un asunto social¹⁷⁹⁹.

C) Culpabilidad del enemigo

Aplicando los problemas de la parte general del Derecho acerca de la culpabilidad a la problemática de la organización terrorista, antes que nada hay que determinar si el enemigo es susceptible de comunicación. En este sentido, se debe tener presente que al enemigo no se le persuade en cuanto a que deba de respetar a los demás como personas, sino que se le combate como un foco de peligro que se ha apartado de la sociedad por decisión propia, es decir, autoexcluyéndose.

El Derecho penal del enemigo afirma que su misión es la de combatir enemigos. Es un Derecho de combate a focos de especial desestabilización. Al respecto, se ha llegado a afirmar que con el enemigo no hay comunicación; habla con otro lenguaje y

¹⁷⁹⁴ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio introductorio", op. cit., pág. 28.

¹⁷⁹⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio introductorio", op. cit., pág. 29.

¹⁷⁹⁶ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo, "Estudio introductorio", op. cit., pág. 29.

¹⁷⁹⁷ TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Naturaleza y ámbito", op. cit., pág. 37.

¹⁷⁹⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 50.

¹⁷⁹⁹ JAKOBS, Günther, "¿Qué protege el Derecho penal?", op. cit., pág. 54.

además no muestra indicios de querer aprender el nuestro¹⁸⁰⁰. Ello tiene interesantes implicaciones desde el punto de vista sistémico. Si no comunica, entonces ¿por qué ha de ser tomado en cuenta por el Derecho?, ¿no debería el Derecho mantenerse al margen de esta circunstancia como en el caso de los menores e incapaces que se comunican pero en un sentido meramente naturalístico ajeno al Derecho? La temática es interesante sin lugar a dudas, porque el enemigo no comunica, sino que sólo genera ruido, en la concepción de JAKOBS¹⁸⁰¹. En este sentido, los niños, los incapaces, las personas en estado de interdicción tampoco comunican, por lo tanto sólo emiten ruido. Entonces ¿por qué se le da un tratamiento diferente, desde el punto de vista de la culpabilidad a un terrorista que a un menor de edad? Naturalmente en un sistema jurídico medianamente avanzado no puede imaginarse considerar que un niño comunica penalmente, ni es posible contemplar que un terrorista no sea castigado. No obstante aunque ello se sepa, requiere de una correcta fundamentación en el seno del sistema de comunicación.

En materia de terrorismo, los sujetos que han decidido organizarse colectivamente, con finalidad lesiva altamente potencializada, deben ser sancionados. Los intervinientes en el injusto de sistema no pueden equipararse a niños. Desde el punto de vista que así se sigue, se discrepa de JAKOBS, en el sentido de entender que el enemigo sí comunica, y lo hace, además, de manera por demás “escandalosa”. El terrorismo organizado comunica todo un espectro de posibilidades desautorizadoras. Ejemplo de ello son la imposición de un sistema alternativo de expectativas, el cuestionamiento del sistema político, al vulnerar su medio de comunicación que es el poder, hasta afectar bienes jurídicos colectivos como el orden público o personalísimos como la vida y la integridad corporal. Estos actos implican comunicación necesariamente y a lo largo de esta investigación se ha hecho constante referencia a la temática. Aquí lo que interesa, a los efectos de la acción culpable, es diferenciar entre comunicación culpable y ruido.

La conformación de la organización terrorista, a pesar de ser a todas luces un ejemplo de enemistad organizada, no se limita a emitir ruido, sino que tal conformación del sistema implica un sentido contrario de motivación antinormativa. Si ello no fuese así, entonces sería complicado diferenciar entre las conductas de los inimputables y las de los enemigos, además de los serios problemas de imputación que ello conllevaría. Para los inimputables el sistema habrá de reaccionar con las medidas de seguridad¹⁸⁰², en el caso de los enemigos, con la pena contundente.

La cuestión relativa a la capacidad de imputación tiene relación directa con el concepto de persona; ello se debe a que sólo es posible achacar la comisión de una conducta reprochable socialmente, a quien tiene la posibilidad de evaluar la manera en la que se encuentra conformada la sociedad, lo cual no es otra cosa que la culpabilidad¹⁸⁰³. Sólo la comunicación que es emitida por una persona, tiene validez en sociedad, porque

¹⁸⁰⁰ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral”, op. cit., pág. 280.

¹⁸⁰¹ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral”, op. cit., pág. 280.

¹⁸⁰² “Cuando la medida sustituya a la pena (medidas para inimputables, por ejemplo) la meta no será el afianzamiento de la autoridad de la norma (función complementaria de la pena), sino la eliminación de peligros (función propia) (...)”, en Ángel José, SANZ MORÁN “Sobre la justificación”, op. cit., pág. 977.

¹⁸⁰³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 22.

su mensaje comunica. ¿Esto quiere decir que el sujeto despersonalizado situado socialmente como enemigo no puede ser susceptible de culpabilidad?

En un ejemplo se puede advertir que la organización criminal que planea un atentado con bomba genera causalmente el ruido al detonar el explosivo, pero incluso ese ruido, de la bomba, ensordecedor, violento y absoluto, posee sentido en Derecho penal funcionalista. Colocar la bomba implica un desafío al sistema de expectativas que es el centro de la comunicación terrorista. De esta manera, el grado de desestabilización que genera la organización criminal vulnera la vigencia de la norma, pero no casualmente, sino que el fenómeno se manifiesta dolosamente. Tanto la explosión de la bomba como la conformación organizativa son expresiones de sentido violento.

Los sujetos, entonces, al decidir conformar la organización criminal, mediante las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir, emiten un mensaje organizativo que va al revés de lo que se espera en sociedad va en contra del deber mínimo de solidaridad y del más elemental principio de confianza.

De esta manera, al llevar a cabo dichas acciones con su correspondiente mensaje comunicativo, los conformadores son culpables de terrorismo, a tenor del art. 571 del CP español. Los sujetos ya saben con antelación que su actuar será contrario a la motivación jurídica que deben desarrollar como personas. Saben de su autoexclusión y de su responsabilidad por dicha organización. Por ello en el capítulo anterior se pudo demostrar la dificultad que reviste tratar de encuadrar alguna causa de justificación en el caso del ensamblaje del injusto sistémico.

Asimismo la afirmación de JAKOBS de que al enemigo sólo se le combate y no se le comunica nada¹⁸⁰⁴, desde nuestra perspectiva no se comparte. En ese sentido, además del combate como focos de especial poder perturbador, también se les comunica que su acción al ser culpable, es merecedora de una comunicación contrafáctica que solidifique la vigencia de la norma en beneficio de la sociedad que quiere vivir en paz.

Desde una observación normativa, parece lógico que el enemigo deba de merecer una mayor respuesta en el ámbito de la culpabilidad por su especial poder cuestionador de expectativas. Ello no genera mayor debate. Para todos es más que lógico que una organización terrorista ha de generar mayor peligro que un grupo de chicos que se dedican al robo de mascotas. En cuanto a la evitabilidad, los sujetos que conforman la organización tienen acceso a dicha forma de actuar en cualquier momento, porque para conformar una organización criminal se debe dejar de lado, frecuentemente, la posibilidad de evitación sobre dicha conformación.

JAKOBS en una de sus últimas aportaciones doctrinales ha afirmado que, para que un sujeto (persona) pueda comunicar, tiene que “tomar parte en la conversación” y cumplir con las siguientes exigencias, que expone de formas sintética¹⁸⁰⁵: a) Tener capacidad de culpabilidad. b) Para que la expresión del sujeto tenga sentido, éste debe de

¹⁸⁰⁴ BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral”, op. cit., pág. 280.

¹⁸⁰⁵ JAKOBS, Günther, *Lectio doctoralis. Cuatro tesis de Derecho penal*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, Ara Editores, Lima, 2011, págs. 40-41.

orientarse hacia el contexto en el que actúa. c) Ser responsable sobre el contexto de su conducta¹⁸⁰⁶.

Tales elementos pertenecen a la concepción funcionalista de persona y son requisitos para que ésta se encuentre en aptitud de comunicación. Desde la perspectiva que aquí se defiende, dichas propiedades son extensibles al enemigo. En el caso de la conformación de la organización terrorista, es evidente que los sujetos conocen el mensaje opuesto a la norma que han de emitir desde la culpabilidad y, por ende, al comunicar son susceptibles de recibir mensaje contrafáctico. Su actuación tiene un pleno sentido de conformación orientado hacia la vulneración de la norma vigente así como a la lesión del orden público. Su conducta, o ámbito de organización, se extiende clara y controladamente, invadiendo esferas de administración ajenas, sobrepasando abruptamente el baremo del riesgo tolerado. De esta manera, persona y enemigo son dos polos opuestos de la misma moneda. Así, el sujeto forma parte de la comunicación social, sólo que su comunicación va en contra de las pautas usuales entre los sujetos que conforman la sociedad. Por ello su mensaje es deforme, pero sigue siendo un mensaje.

En síntesis, se estima que el enemigo comunica efectivamente un mensaje contundente y desautorizador de la norma y además conforme a la categoría de la culpabilidad. De la misma manera, debido a la inseguridad cognitiva que representan con su conducta que incide en la esfera de los bienes jurídicos protegidos, aquellos sujetos que se encuentran bajo el *status* de enemigo requieren de un mayor nivel de imputación y por ende son responsables por un mayor grado de culpabilidad. De esta manera, los sujetos conformadores recibirán una comunicación más contundente por parte del Estado, precisamente por colocarse con su comportamiento al margen del Derecho de manera potestativa.

En el contexto de una sociedad donde cada persona tiene un rol y en consecuencia, un abanico de derechos y deberes, hay que mantener un sistema de comunicación normativo que sea efectivo. Por ello un Derecho penal de culpabilidad es esencial. Ha de ir de la mano de un marco jurídico que justifique una heteroadministración de sujetos peligrosos que se apartan de la norma, es decir, de enemigos¹⁸⁰⁷. Es absolutamente necesario, imprescindible para la existencia de la sociedad. En este sentido es válido afirmar que no todo apartamiento de la norma genera un tratamiento de enemigos, sino que deberá de cumplir con determinadas características que ya se han expuesto en su momento correspondiente. La culpabilidad implica un juicio sobre la falta de consideración del sujeto hacia el Derecho, o en otras palabras, la falta de fidelidad a la norma¹⁸⁰⁸. Bajo este contexto, se puede llegar a afirmar que el incumplimiento del rol genera culpabilidad; de esta forma, si la culpabilidad es anterior a la acción, entonces el incumplimiento del rol, y por ende el mensaje que se emite, también es anterior a la acción y constituye el fundamento esencial de la culpabilidad. De esta forma se imputa la desviación del rol¹⁸⁰⁹.

¹⁸⁰⁶ Con un ánimo de aclaración, JAKOBS ejemplifica: “quien planta en un terreno de su propiedad, un árbol frecuente en el lugar no responde por ejemplo por el delito de daños materiales si, como era esperado, algunas flores del vecino se marchitan a partir de ahora por la sombra del nuevo árbol”, en Günther JAKOBS, *Lectio doctoralis*, op. cit., pág. 41.

¹⁸⁰⁷ JAKOBS, Günther, ¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El derecho penal del enemigo en el contexto*, op. cit., pág. 4.

¹⁸⁰⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 23.

¹⁸⁰⁹ POLAINO-ORTS, Miguel, “Imputación objetiva esencia y significado”, op. cit., pág. 82.

Si la culpabilidad implica un alejamiento del Derecho por falta de consideración del sujeto, entonces hay lugar para afirmar que a mayor alejamiento mayor será la culpabilidad, ello es lógico y responde a una exigencia verdadera por que el enemigo, organización terrorista, se ha alejado de tal manera que se ha separado de la sociedad, creando una “isla” antijurídica lejos de la “península” ciudadana. De esta manera, naturalmente hay un mayor alejamiento de los sujetos enemigos que de aquellos que no forman parte de dicha categoría. El alejamiento del Derecho no implica un mero desconocimiento psicológico, o ignorancia sobre el mismo, sino que se traduce en elementos objetivos y en la provocación de inseguridad cognitiva. Por eso JAKOBS señala que la culpabilidad implica un “(...) déficit -exteriorizado en un hecho consumado o en la tentativa de un hecho- de fidelidad al ordenamiento jurídico (...)”¹⁸¹⁰, y en el caso de la organización terrorista el déficit resulta ser especialmente grave. Así, es el propio conglomerado el que establece los extremos de la culpabilidad, sin tratarse de un nexo psicológico, finalístico ni personal, sino que la sociedad misma es quien lleva la batuta en materia de culpabilidad¹⁸¹¹.

De esta manera la culpabilidad es el reflejo de un fracaso en la configuración del mundo¹⁸¹². Ello tiene plena vigencia en materia de una configuración de la mundanidad tan abruptamente distinta como la que es representada por los sujetos que constituyen enemistad, y más concretamente, quienes configuran una organización terrorista. En este sentido, los sujetos no han sabido cómo orientarse dentro de lo social y por ello plantean un sistema paralelo de expectativas diametralmente alejadas de las emitidas por la sociedad. El enemigo tiene una orientación social adversa, contraria a la de la persona en Derecho, y ello se ve reflejado en la culpabilidad. JAKOBS quiere decir que, a través de esta observación de la culpabilidad, se establece un filtro ante la culpabilidad por el destino y que hay un cambio de paradigma: “Por consiguiente la pregunta decisiva ya no es ¿qué hizo el mundo de ti?, sino ¿qué has hecho con el mundo?”¹⁸¹³. Ello tiene injerencia en la conformación terrorista, debido a que son sus integrantes quienes han configurado una concepción alterna de la sociedad, pero a través de vías antidemocráticas; hacer algo con el mundo, implica que hay un conocimiento de éste en lo social¹⁸¹⁴. Dicho conocimiento representa el núcleo de la culpabilidad debido al mensaje comunicativo emitido. Este es el *quid* del asunto por lo que es demostración que la conducta terrorista emite una intención de configuración contraria a la sociedad con previo conocimiento de la configuración del sistema. El conocimiento de lo social, no es desconocido en el sentido de falta de información, sino que es ignorado por el injusto sistémico.

JAKOBS ha afirmado que el delito implica significado¹⁸¹⁵, pero no todas las conductas delictivas tienen el mismo peso o significado social. Si bien es cierto que todos los delitos comparten un mensaje opuesto al de la norma, también lo es que la oposición no es uniforme. Existe un mayor alejamiento en cuanto a la norma en determinadas conductas. De esta manera, tanto en unas lesiones como en los delitos de organización habrá, necesariamente, una vulneración al modelo de orientación, pero que no será en la misma intensidad. Naturalmente la fuerza del cuestionamiento será mayor

¹⁸¹⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 23.

¹⁸¹¹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 23.

¹⁸¹² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 78.

¹⁸¹³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 82.

¹⁸¹⁴ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 82.

¹⁸¹⁵ JAKOBS, Günther, *Lectio doctoralis*, op. cit., pág. 39.

en un delito de organización que en las lesiones y tales situaciones deberán ser evaluadas para examinar la culpabilidad y el mensaje contrafáctico que habrá de emitirse en aras de la prevención general positiva. Pero además de ello, JAKOBS, en una de sus últimas aportaciones, ha abordado la temática sobre la existencia de “partes mudas” o “lados silenciosos” del delito que son elementos no visibles que van más allá de la trilogía norma-delito-pena, para formar parte de propiedades poco visibles pero esenciales para el análisis dogmático: ejemplo de ello es el dolor penal como la parte muda de la pena así como la violencia del autor contra la víctima¹⁸¹⁶. Lo relevante para el tema del injusto sistémico es que tales lados poco visibles deben hacerse plenamente luminosos al momento de su estudio en la culpabilidad para la posterior emisión del mensaje desautorizador del delito. Sin estas cuestiones no podría llevarse a cabo un estudio integral de la conducta que se habrá de combatir. Ello incluso podría llegar a constituir una vulneración al principio de culpabilidad como limitante de la punibilidad.

En otro orden de ideas, es interesante hacer una breve referencia al contenido de la culpabilidad, para luego referirlo al Derecho penal del enemigo. La culpabilidad a lo largo de sus diferentes concepciones ha compartido la “falta de motivación” como elemento común y un aislamiento por parte del autor¹⁸¹⁷. Si la culpabilidad implica una contribución comunicativa errónea del autor a la sociedad que genera destrucción en las estructuras y que no puede servir como modelo para su seguimiento¹⁸¹⁸ y este esquema se elabora pensando en los delincuentes comunes, pues mucho más grave será cuando se esté en presencia de sujetos cuyo comportamiento forma parte del Derecho penal del enemigo.

El concepto es clave porque, efectivamente, los miembros de las organizaciones criminales tienen un importante poder destructor y corruptor de la sociedad, por ello la respuesta comunicativa del Estado ha de ser mayor. Piénsese en los desmanes que generan las mafias y grupos terroristas alrededor del mundo. En ese sentido, para JAKOBS “(e)l hecho y la pena, por consiguiente, se encuentran en el mismo plano: el hecho es la negación de la estructura de la sociedad; la pena, la marginalización de esa negación, es decir, confirmación de la estructura”. Ello es pura dialéctica de HEGEL y se singulariza en el tratamiento de enemigos en que sencillamente la negación de la negación social, es decir, la confirmación de la misma habrá de ser más contundente. Precisamente una de las principales características del Derecho penal del enemigo es la pena elevada y tiene su razón de ser porque, al ejecutar la conducta, el sujeto no presta ninguna garantía cognitiva¹⁸¹⁹, por lo que requiere de un tratamiento diferenciado mucho más asegurativo. El Estado tiene que compensar el déficit de seguridad que genera el enemigo¹⁸²⁰.

En síntesis, resulta viable afirmar que, a mayor apartamiento del proyecto social, mayor ha de ser la respuesta comunicativa. Ello encuentra su fundamento en que, para el sentido comunicativo del delito, conforme hay mayor alejamiento del esquema social, se emite un mensaje más fuerte.

¹⁸¹⁶ JAKOBS, Günther, *Lectio doctoralis*, op. cit., págs. 39-40.

¹⁸¹⁷ JAKOBS, Günther, “Culpabilidad y prevención”, traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Günther JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, Porrúa, Ciudad de México, 2002, págs. 129-130.

¹⁸¹⁸ JAKOBS, Günther, “¿Qué protege el Derecho penal?”, op. cit., pág. 55.

¹⁸¹⁹ POLAINO ORTS, Miguel, *Desmitificación*, op. cit., pág. 169.

¹⁸²⁰ MIRO LLINARES, Fernando, “Persona o enemigo”, op. cit., pág. 138.

Se ha dicho que el incumplimiento en el rol produce culpabilidad, pero será mayor cuando se trata de enemigos, porque ya no se puede hablar de una mera falta en cuanto a los extremos conductuales que debe de llenar el sujeto de acuerdo a su rol, sino que cuando un sujeto se sitúa en una posición de enemistad manifiesta hay un *desafío al rol* que busca desautorizarlo en cuanto al papel común de ciudadano.

D) Defectos volitivos

La categoría de la culpabilidad como presupuesto de la acción tiene importante relación con la voluntad. Los problemas inherentes a ella han representado uno de los temas de mayor discusión durante toda la historia del Derecho material, debido a que ésta no se manifiesta como entidad autónoma. La voluntad no se puede apreciar si no es a través de los actos. Desentrañar el verdadero contenido volitivo de un acto ha impulsado a lo largo de la historia del Derecho penal a emprender un camino desde el causalismo más naturalista hasta el moderno funcionalismo de la actualidad y, sin embargo, la discusión sigue siendo parte de un acalorado debate doctrinal alrededor del mundo.

Existe una tendencia del hombre hacia la evitación de conflictos. Un ser en sociedad como lo es la persona ha de buscar la convivencia tratando de tener el menor número de dificultades que le sea posible. Para ello deberá de aportar algo muy importante si desea vivir sin dificultades, a saber, seguridad. Sin ésta se rompe el principio de confianza, se atrofian los contactos sociales y por ende la sociedad sufre un anquilosamiento que puede llevarle, en casos extremos, a la paralización.

El desconocimiento de las normas genera problemas¹⁸²¹, ello siempre ha sido así y todas las personas, de alguna u otra manera, lo han experimentado en carne propia. La experiencia va desde el niño que en casa realiza una travesura y en consecuencia es reprendido por sus padres, hasta las conductas penalmente relevantes que entrañan una mayor complejidad al momento de su análisis. Lo interesante es que la base de la problemática es el mismo desconocimiento de la norma. JAKOBS afirma que aquel que conoce las normas estatales pero no las reconoce no quiere decir que tenga un defecto en cuanto su planeación individual¹⁸²². Ello es cierto porque tal vez para el sujeto el hecho de no reconocer el marco normativo le entraña un sentido para su vida como sujeto individual; no hay forma de demostrar que sea preferible respetar la norma que cumplirla¹⁸²³ pero en el caso de una persona en Derecho, ello tiene implicaciones diferentes. Estos razonamientos tienen relación la orientación valorativa y cultural de cada sujeto en particular¹⁸²⁴.

La persona como ente necesariamente social deberá de afrontar su vida conforme a los cánones establecidos por las expectativas normativas. Si la falta de reconocimiento normativo implica su vulneración, entonces ya no es indiferente para el Derecho. La indiferencia generará, tarde o temprano, una invasión en esferas de organización ajenas. Sobre esta temática, a pesar de lo que dice JAKOBS, se antoja

¹⁸²¹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 47.

¹⁸²² JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 47.

¹⁸²³ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 47.

¹⁸²⁴ TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva", en *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de la Laguna, tomo II, Madrid, 1993, pág.1025.

complicado que un sujeto realmente pueda encontrarse en una situación tal de aislamiento que le permita el desconocimiento de la norma. Incluso un ermitaño, tarde o temprano tendrá que interactuar con otro sujeto, requerirá en algún momento de ciertas provisiones, atención médica, o de otro individuo (no en sentido funcionalista) para formar una familia, grupo de caza o algo. Cuando hay interacción hay comunicación, y donde hay comunicación hay expectativas y por ende habrá normas. Sin embargo, no se niega que, desde un punto de vista estrictamente teórico, el razonamiento es perfectamente aceptable.

Es deber de quien se encuentra en el mundo de lo social conocer la norma. Quien se somete al imperio de la norma debe preocuparse por cumplirla y si no lo hace ello se imputa a título de culpabilidad¹⁸²⁵.

JAKOBS lleva el tema a un interesante análisis en el siguiente sentido, que bien vale la pena transcribir “(p)or ello, la existencia de un sistema de imputación culpabilista y de la pena son una prueba de que un ordenamiento conoce sus puntos débiles. Los ordenamientos que se han autoconstituido como ordenamientos absolutos no ven en la persona que niega ese carácter absoluto a un culpable, ya sea el hereje que niega la revelación y la tradición, ya sea el burgués que reniega de las leyes materiales del desarrollo histórico; lo consideran como un sujeto que ha perdido el juicio o que debe de ser educado (...)”¹⁸²⁶. Ello se entiende en el sentido de que la culpabilidad, como categoría dogmática, refleja el incumplimiento de la norma y, en consecuencia, aquello que no es tolerado por el sistema por considerarlo como lesivo. También remite a HEGEL cuando afirma que al delincuente se le honra con la pena, ello porque implica un reconocimiento del sujeto que lo aleja de otra clase de tratamientos como el del Derecho de cosas o cabeza de ganado¹⁸²⁷.

Ello también se aplica, naturalmente, en el caso de la organización terrorista, es decir, en los supuestos que resultan aplicables los extremos del Derecho penal del enemigo; en otras palabras, el status de enemistad no significa que el sujeto se haya hecho merecedor de maltrato, violencia o vulneración en sus garantías como ser humano, como cierto segmento de la doctrina ha tratado de difundir buscando establecer un antagonismo entre Derecho penal del enemigo y Derechos humanos¹⁸²⁸.

Volviendo a la culpabilidad y a los defectos volitivos, estos últimos sólo pueden aparecer ante normas sociales porque son débiles¹⁸²⁹. Son así porque es posible su cuestionamiento a diferencias de las leyes que se dan en la física, donde, por ejemplo la caída libre ha sido, es y será la misma de manera universal sin que sea requerido que dicha norma pase por el filtro mental del sujeto y sea determinada como válida o no, sino que simplemente esa ley existe y así es. La situación no es tan sencilla en el mundo social.

¹⁸²⁵ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 48.

¹⁸²⁶ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., págs. 48-49.

¹⁸²⁷ Vid. POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., págs. 86 y ss.

¹⁸²⁸ AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ / Miguel LAMADRID, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *CCA*, núm. 41, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 51-53.

¹⁸²⁹ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 49.

JAKOBS afirma que el defecto volitivo genera imputación de culpabilidad¹⁸³⁰. Ello se debe a que el sujeto no ha querido orientar su conducta conforme a la norma, sabiendo que tenía que hacerlo. Los defectos volitivos no liberan de responsabilidad¹⁸³¹, a diferencia del tratamiento en el caso de defectos cognitivos. En términos sencillos ha de afirmarse que, en el caso de un defecto volitivo, el autor simplemente no quiere seguir el camino trazado por el modelo de orientación, no se identifica con la norma como reflejo de la sociedad. Así lo ha decidido libremente. De esta manera, en términos comunicativos, se afirma que el delito es discurso, se entiende como mensaje desvirtuador de la vigencia fáctica de la norma, y la pena es respuesta al mismo¹⁸³². La cuestión de la orientación de la norma no sólo es privativa del Derecho penal, sino que también se aplica a normas pertenecientes al convencionalismo social donde el sujeto sólo se orientará por la misma si no le es indiferente¹⁸³³. La falta de interés en el Derecho no constituye atenuación¹⁸³⁴. Ésta es una de las razones por las que comúnmente el delito doloso recibe una magnitud de pena mayor que en el caso del imprudente.

JAKOBS ilustra una situación de la siguiente manera: “(i)magínese dos acusados con biografías parecidas que bajo circunstancias equiparables han cometido un delito similar. Ante el tribunal, el primero declara que, de haber mostrado una disposición algo mejor a favor del cumplimiento de la norma, no hubiera cometido el delito y que el pensamiento de volver a cometerlo le resulta extraño. El segundo, por el contrario, muestra su radical desinterés en el cumplimiento de la norma tanto con anterioridad al hecho como en el momento de cometerlo como de cara al futuro. Esto le grava porque, como suele decirse habitualmente, esta persona se encuentra más distanciada del cumplimiento de la norma que el primero”¹⁸³⁵.

La cita es bastante explícita en sí misma; el Derecho es una construcción cultural de “equilibrios”, no puede considerarse abordar un fenómeno social tan complejo como la culpabilidad partiendo de extremos. Decimos “equilibrios” porque la culpabilidad implica un justo medio, y en verdad toda la dogmática debe ser así. Bajo este esquema, mientras más cercana sea la conducta a la expectativa, mayor equilibrio habrá. En cambio mientras más distancia existe entre estos, mayor gravedad será atribuible a la conducta desplegada por el agente.

En el caso de la organización terrorista, los sujetos, al promover, constituir, organizar o dirigir el injusto sistémico, se sitúan lejos de la norma, como ya se ha expresado anteriormente. Se habla de un defecto de orientación voluntario o defecto volitivo, por que los conformadores simplemente emprenden acciones que son

¹⁸³⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 51.

¹⁸³¹ JAKOBS, Günther, “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pág. 137.

¹⁸³² JAKOBS, Günther, “Sobre el tratamiento”, op. cit., pág. 130.

¹⁸³³ Y en mismo autor pone el siguiente ejemplo “La norma convencional de ponerse de pie cuando se saluda a una señora sólo puede ser observada cuando el autor no sólo pueda conocer la norma, la situación del salido por encontrarse ante una señora y la posibilidad de levantarse, sino cuando quiera observar dicha norma, es decir, cuando la norma no le resulte absolutamente indiferente o considere que tiene menor valor que su interés en permanecer sentado. Con las normas jurídicas sucede lo mismo que con las normas convencionales”, en Günther JAKOBS, “Sobre el tratamiento”, op. cit., pág. 133.

¹⁸³⁴ JAKOBS, Günther, “Sobre el tratamiento”, op. cit., pág. 133.

¹⁸³⁵ JAKOBS, Günther, “Sobre el tratamiento”, op. cit., pág. 134.

diametralmente opuestas a la norma. De todo el catálogo delictivo que se encuentra contenido en el CP, han elegido una de las acciones que representan uno de los más abruptos alejamientos de la expectativa normativa. El defecto es netamente volitivo porque la conformación del injusto requiere, necesariamente, del dolo y además porque nadie en su sano juicio puede representarse que organizarse formalmente con finalidades como la de subvertir el orden constitucional o alterar la paz pública en el seno de los países occidentales sea aceptable socialmente. Por ende, la oposición al Derecho es mayúscula, por cuanto la irreverencia hacia el mismo es palpablemente grave.

Sin embargo, este fenómeno de abrupto distanciamiento e irreverencia total hacia la sociedad no es privativo del delito de organización terrorista y semejantes, sino que es uno de los principales fundamentos que sostienen el esqueleto teórico del Derecho penal del enemigo.

El defecto volitivo dibuja una cara de la moneda, mientras que el deber de solidaridad mínima es su contrafigura. Si los terroristas cumplieran con dicha obligación como ciudadanos, entonces no emprenderían actos objetivamente generadores de inseguridad como asociarse delictivamente y en consecuencia elevar insoportablemente el riesgo. En un ejemplo de un delito doloso, como insuficiencia objetiva atribuible al sujeto¹⁸³⁶, el aumento de la respuesta no va en el sentido de la conciencia sobre la prohibición como substancia de la sanción, sino que el incremento se dirige a la falta de motivación dirigida hacia la evitación¹⁸³⁷. Una vez más, aparece el tema de la evitación como ingrediente en la concepción *jakobsiana* de culpabilidad-acción. De esta manera, el defecto volitivo puede traducirse en no evitar, y en el caso que nos ocupa, ello se refiere directamente a no haberse abstenido de promover, constituir, organizar o dirigir la empresa terrorista. Esta exigencia es asequible para todas las personas en sociedad que puedan llegar a ser consideradas como susceptibles de culpabilidad.

Se disertó anteriormente sobre la existencia “partes mudas” poco visibles que tienen importantes implicaciones relacionadas con el actuar delictivo y que repercuten en la culpabilidad. Un ejemplo de ello es el odio, JAKOBS ilustra con un caso de envenenamiento en el que el sujeto afirma que lo ha hecho y que no se arrepiente, incluso afirmando que lo volvería a hacer por la malquerencia que experimenta hacia la víctima, y en dicho caso el Derecho habrá de reaccionar de manera más firme por dichas circunstancias¹⁸³⁸. En el caso de la organización terrorista, estos lados oscuros que aparecen como reflejo de la conducta desaprobada al momento en el que se materializa objetivamente el delito suelen ser un ingrediente común de especial motivación para la conformación de organizaciones paralelas al Derecho. Por ello, también estos elementos han de servir para explorar la forma y la magnitud en la que el Estado se expresará a través de la pena.

El Estado es más enérgico en la corrección de comportamientos defectuosos volitivamente que en los que son defectuosos cognitivamente, y ello a pesar de que los delitos imprudentes suelen ser mucho más frecuentes que los no imprudentes: ¿por qué

¹⁸³⁶ JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal*, op. cit., pág. 35.

¹⁸³⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 51.

¹⁸³⁸ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 83.

se castiga más un no querer que un no saber?¹⁸³⁹ Ello podría responderse de las muchas maneras en las que se ha abordado la problemática en el presente capítulo, pero aquí lo interesante es la metodología que emplea JAKOBS para solucionar esta encrucijada. Para él, la cuestión es de naturaleza cuantitativa, un tema de cálculos, de tal manera que aquel que busca la realización de un daño de tal manera que dicha decisión le aporte mayores beneficios que costos después de calcularlo, pone en práctica su conducta de acuerdo a un cálculo axiológico y a sabiendas de lo que va a ocurrir lo decide como una máxima valorización en su actuar¹⁸⁴⁰. Esto significa que, para el agente, el desplegar la conducta delictiva importa una maximización de los beneficios, frente a los costes que deberá de asumir. En su escala de valorizaciones tiene una mayor fuerza la configuración antijurídica del mundo que la sociedad misma. El terrorismo aporta múltiples ejemplos de esta situación, donde lo importante es un valor que se encuentra por encima de la sociedad y se asumen costes terriblemente altos. El ejemplo más paradigmático es el terrorismo religioso en su vertiente islámica, conforme al que los miembros de las organizaciones saben, e incluso persiguen, el hecho de que van a morir; para ellos morir significa ser mártires y por ende una recompensa en el paraíso. La situación descrita no puede importar un coste más elevado para el sujeto, porque su sacrificio importa perder la vida, pero aun así el terrorismo sigue adelante, mostrando un fanatismo inconmensurable que demuestra la especial complejidad, y sobre todo, la peligrosidad que envuelve al fenómeno. El caso particular del terrorismo *yihadista* demuestra que los límites en el riesgo, que otro tipo de criminalidad conserva, carecen de importancia, como lo es el mantenimiento de la vida¹⁸⁴¹. Puede que algún día las ciencias sociales expliquen la forma de terminar con los pantanosos terrenos del fanatismo, pero por el momento ese día se vislumbra aun lejano¹⁸⁴².

Si los terroristas, como sucede en todas las organizaciones subrepticias alrededor del mundo, están dispuestos a morir, entonces el cálculo propuesto por JAKOBS en materia de orientación a la norma/defectos volitivos tendrá que ser abordado desde otra perspectiva.

En el caso del terrorismo, los objetivos de la organización se encuentran por encima de todo valor axiológico incluso por encima de la vida de las personas (ello es más que evidente). Incluso sorprendentemente por encima de la vida de los integrantes de la organización. Nunca bajo ninguna circunstancia es viable condicionar la existencia de la organización. Las organizaciones terroristas sólo ceden cuando se cumplen sus demandas. Ello también es un punto de coincidencia con el defecto volitivo; la organización misma es la brújula que guía a los miembros y sin su existencia las proclamas carecen de eco y por ende desaparecerían.

Recapitulando, en el caso del terrorismo hay una presencia evidente y constatable de un defecto de orientación, absolutamente intencional, opuesto a la norma. Dicha actitud no puede ser tolerada por el Derecho. Las personas tienen la obligación de hacerse de los elementos necesarios para caminar por el sendero de la norma y ello

¹⁸³⁹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., págs. 83-84.

¹⁸⁴⁰ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 84.

¹⁸⁴¹ GÓMEZ, BERMÚDEZ, Javier, *No destruirán nuestra libertad: de cómo España se ha convertido en modelo de lucha contra el terrorismo islamista sin recortar los derechos ni las libertades*, Temas de Hoy, Madrid, 2010, págs. 52-53.

¹⁸⁴² FROMKIN, David, "Die Strategie des Terrorismus", op. cit., pág. 97.

deviene en que entonces los defectos volitivos no son perdonables¹⁸⁴³. Ante un tribunal una actitud de indiferencia ante la norma generará una mayor consecuencia jurídica¹⁸⁴⁴.

E) Aproximación a la problemática del libre albedrío

El tan espinoso tema del libre albedrío no puede dejarse de lado cuando se habla de culpabilidad y mucho menos cuando dicha categoría se encuentra nutrida de concepciones como la de los defectos volitivos. La temática fue abordada copiosamente por la teoría normativa de la culpabilidad y el desarrollo de uno de sus vectores como la “posibilidad de actuar de otro modo” y construcciones semejantes. ¿Qué dice el funcionalismo acerca de este tópico que pareciera tan lejano a la concepción social-sistémica del Derecho?

Un segmento de la doctrina considera todavía al libre albedrío como presupuesto de la culpabilidad¹⁸⁴⁵. JAKOBS parte de la cuestión reconocida de que el libre albedrío no puede ser demostrado en el caso concreto¹⁸⁴⁶. Con ello se vuelve al añejo problema sobre la indemostrabilidad de lo interno. El libre albedrío en el Derecho penal importa en el caso específico donde la conducta típica se ha actualizado. Para el maestro alemán, el libre albedrío carece de dimensión social¹⁸⁴⁷ y por ende es irrelevante para su sistema. Sin embargo, el fenómeno puede ser vinculado a la sociedad en relación a la opción general de comportamiento organizativo que tienen todos los ciudadanos¹⁸⁴⁸. De esta manera, los ciudadanos tienen libertad por lo que respecta a la forma en la que habrán de organizar sus ámbitos de competencia. Por ejemplo, las personas son libres para determinar si un lunes van a trabajar o se quedan en casa a ver una película, asumiendo obviamente los costes que habrá de importarles cada toma de decisión.

¿Puede afirmarse que hay un vínculo entre libertad y responsabilidad? JAKOBS considera que así es. En el sujeto naturalmente existe un margen de libertad, pero que debe de ser comprendido no en el sentido del libre albedrío del sujeto sino como *una autodeterminación de sus actos organizativos*¹⁸⁴⁹. De esta manera, en el caso de la conformación de una organización terrorista, no es correcto hablar de que en ejercicio de su libre albedrío los sujetos se han organizado antijurídica y culpablemente. Lo adecuado será expresar que su autoorganización se extendió de tal manera que invadió esferas de autoadministración cuando no les correspondía ninguna injerencia. A diferencia del libre albedrío, la extensión en la autoadministración sí es constatable gracias a la función garantizante del rol. Éste sirve como frontera entre la autoadministración que es correcta y la que ya se transforma en invasora. La autoadministración correcta va de la mano del ejercicio del rol.

Para la culpabilidad, en JAKOBS, el libre albedrío no tiene ninguna relación con dicha categoría, sino que hay una relación entre libertad y autoadministración¹⁸⁵⁰ situación que tiene directa vinculación con la conformación de la organización terrorista

¹⁸⁴³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 99.

¹⁸⁴⁴ JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pág. 368.

¹⁸⁴⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁸⁴⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁸⁴⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁸⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 585.

¹⁸⁴⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 586.

¹⁸⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 68.

y aun con los defectos volitivos por el simple hecho de que éstos implican una autoadministración de realidades que no les corresponden. Ello se sabe como prohibido, por lo que hay una desobediencia directa y flagrante contra el mandato normativo emitido socialmente. El libre albedrío puede ser denominado como competencia por la propia voluntad¹⁸⁵¹, pero debe ser observado a través del prisma de la esfera de organización y no bajo criterios psicológicos o morales.

F) Defectos cognitivos

1. Defecto cognitivo, sociedad y terrorismo

En la vida social el defecto, entendido como aquella falta de algo, puede ser conducido por dos caminos: el de la voluntad (defecto volitivo) y el del conocimiento (defecto cognitivo), entendiendo este último como una falta de orientación hacia la norma que recibirá un tratamiento atenuado en relación al primero. No saber resulta menos grave que no querer o no querer siquiera informarse. Al encontrarnos una vez más en el lado subjetivo del delito, la cuestión también plantea interesantes dificultades para su aclaración.

Los defectos cognitivos exoneran¹⁸⁵². Ello es radicalmente opuesto a lo que ocurre con los defectos volitivos. Ignorar la norma, en principio, entendiendo ignorar no como indiferencia sino como imposibilidad de acceso a la misma, ha sido tratado con menor contundencia que la indiferencia hacia el modelo de orientación. ¿Dónde radica la distinción? Para responder a dicha interrogante que es de carácter esencial para el concepto funcionalista de culpabilidad, será necesario analizar los defectos cognitivos en comparación a los volitivos para de esta manera poder establecer una diferencia entre ambas categorías.

JAKOBS refiere que la diferenciación parte de una cuestión tan trivial como el interés, o no, por determinado conocimiento; al no haber interés hay una ausencia de proceso psíquico¹⁸⁵³. En materia de un defecto de esta naturaleza el sujeto no se representa mentalmente que su conducta pueda ser contraria a Derecho por que simplemente no le importa dicha situación. ¿Ello satisface los extremos del Derecho penal al premiar la indiferencia? Veremos a continuación cómo se resuelve esta problemática y confusa situación. Naturalmente que la indiferencia ante la norma no puede generar atenuación ni mucho menos impunidad, porque ello refleja una falta de interés en el cumplimiento de la norma misma¹⁸⁵⁴. El terrorismo no es indiferente ante el modelo orientador, sino que es objeto de su interés.

Una conducta desplegada que se encuentra viciada por un defecto cognitivo puede, por ejemplo, dar lugar a un error de tipo¹⁸⁵⁵. En este último caso se requiere, forzosamente, una coincidencia entre lo subjetivo y lo objetivo¹⁸⁵⁶. Dicha circunstancia

¹⁸⁵¹ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 88.

¹⁸⁵² JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 26.

¹⁸⁵³ JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., págs. 88-89.

¹⁸⁵⁴ JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento", op. cit., pág. 133.

¹⁸⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 27.

¹⁸⁵⁶ TORÍO LÓPEZ, Ángel, "Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la Reforma Penal", en Antonio BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1984, pág. 98.

tiene una importante verificación en el plano práctico en la vida cotidiana. Por ejemplo; en un lujoso restaurante del centro de la Ciudad de México hay servicio de *ballet parking*, es decir, empleados del restaurante reciben el coche de los clientes y los llevan a distintas calles para aparcarlos mientras las personas disfrutan de sus alimentos. Una noche, una persona sale del lugar con un grupo de amigos y mientras se despiden el empleado le entrega un vehículo rojo y unas llaves y el cliente las toma y se sube al mismo. A medio camino se percató de que el vehículo, a pesar de ser del mismo modelo, marca y color, no es el suyo y que ha habido una confusión. En este caso existe un defecto cognitivo. No existe un dolo de hurto, porque simplemente la persona no se percató que el auto era ajeno debido a la enorme semejanza entre los dos bienes. En este caso la norma tratará su quebrantamiento levemente, mientras que en el caso de un robo doloso, mediado por un defecto volitivo, la consecuencia jurídica será mucho más grave.

Otra consecuencia interesante del defecto cognitivo es que suele dar lugar a *pena naturalis*¹⁸⁵⁷ y ello se debe precisamente a que no fue perseguido el resultado acaecido. Esta cuestión es realmente importante en relación con el defecto volitivo, debido a que este último no produce el efecto de pena natural sino que por el contrario ha de perseguir una satisfacción por haber llegado al objetivo configurado mentalmente. En el caso de la organización terrorista ello es palpable, porque los sujetos conformadores no experimentarán en ningún momento una pena al construir el injusto de sistema, sino que por el contrario implicará para los mismos un motivo de satisfacción. Ejemplo de ello es la reivindicación de los actos terroristas.

Es de gran novedad y trascendencia, desde la óptica de este trabajo, la tesis de JAKOBS conforme a la cual, el defecto cognitivo no tiene relevancia en el plano de lo comunicativo¹⁸⁵⁸. Ello tiene su razón de ser por que en realidad no se propone una configuración del mundo distinta a la establecida, sino que impone un resultado que carece de un sentido modificativo-intencional de la realidad. En la vida cotidiana también es verificable la situación: por ejemplo, en el caso de un error sobre la propiedad de una cosa, es mucho menor el reproche cuando alguien actúa bajo una falsa apreciación de la realidad a cuando lo hace intencionalmente. En este último caso seguramente dará lugar a un reproche por parte de quien ostente la figura de autoridad en dicho sistema. En otras palabras, en caso de imprudencia y desconocimiento de la norma, es decir, defecto cognitivo, el autor manifiesta algo que es falso y que por ende carece de importancia¹⁸⁵⁹.

En otro orden de ideas, naturalmente que el Derecho habrá que evaluar el grado de error o de imposibilidad de conocimiento hacia la norma al momento de examinar el defecto cognitivo. Dentro del principio de culpabilidad se encuentra el estudio sobre la impunidad de aquellos que cometen un error que era inevitable y de la misma manera en dicha categoría dogmática se examinará a aquellos sujetos que han caído en un error evitable y por consiguiente el baremo para una pena más elevada¹⁸⁶⁰. En este sentido el Derecho evaluará de manera distinta el haber procedido con una falta de atención,

¹⁸⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 28.

¹⁸⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., págs. 27-28.

¹⁸⁵⁹ JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento", op. cit., pág. 133.

¹⁸⁶⁰ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 29.

entendida como falta de conocimiento y que por ende resulta más fácilmente dispensable¹⁸⁶¹.

Examinando esta temática en relación a la conformación de organizaciones terroristas, se puede apreciar una importante distancia entre lo que comprenden los defectos cognitivos y el tipo en cuestión. Ello se debe a que no se encuentra con facilidad una vinculación real entre un defecto cognitivo y terrorismo por la especial magnitud desestabilizadora del fenómeno. La conformación del injusto es de tal agresividad para la sociedad que no se concibe claramente la posibilidad de un defecto esa naturaleza. Nadie puede tratar de orientar una defensa ante un tribunal cuyos argumentos se sustenten en el defecto cognitivo para atenuar la pena en el caso de los delitos de organización. Incluso es posible afirmar que *en Derecho penal del enemigo no existe cabida para defectos cognitivos*, ello porque una orientación hacia lo social como enemigo implica una concepción de la realidad que no importa un desconocimiento de los modelos de orientación sino una afrenta al propio sistema o, en el mejor de los casos, una actitud de indiferencia absoluta: como lo establece JAKOBS un encogimiento de hombros exclamando un ¿y qué?¹⁸⁶² Esta indiferencia por supuesto que resulta castigable.

Otro fenómeno que resulta interesante tiene directa relación con la autoexclusión potestativa; recordando que dicho acontecimiento implica un tránsito de persona a enemigo. Ello significa necesariamente que el sujeto sabe lo que hace al salir del mundo de las personas en Derecho para introducirse en el ámbito de aplicación del Derecho penal del enemigo. Lo importante es subrayar que la enemistad implica, necesariamente, un conocimiento sobre aquello que es el *objeto de enemistad*, por lo que es complicado que resulten aceptables defectos cognitivos, aplicados a la promoción, constitución, organización y dirección del injusto sistémico del artículo 571.

En otro planteamiento, existe un punto de conexión entre los defectos volitivos y los cognitivos que es realmente interesante. Así sucede cuando se presenta un defecto cognitivo causado por un defecto volitivo. Significa una falta de interés por aquello que es parte de la sociedad. En este sentido no es posible alegar desconocimiento. Ya se ha dicho que en una sociedad funcional, como en la que vivimos, el ciudadano como parte de su rol tiene el deber de hacerse de los conocimientos necesarios para orientar su conducta de tal manera que no invada esferas de organización ajenas. Sin embargo, ello no tiene mayor relevancia en materia de formación de bandas terroristas, por los argumentos que se expusieron anteriormente.

La conformación de una organización terrorista implica, necesariamente, un nivel de conciencia de antijuridicidad en el que no es posible alegar ninguna especie de atenuación o consideración que disminuya la culpabilidad. Esta cuestión lleva la exploración hasta la problemática relativa al conocimiento/desconocimiento de la norma en concreto, como modelo de orientación social.

¹⁸⁶¹ JAKOBS, Günther, "Sobre el tratamiento", op. cit., pág. 134.

¹⁸⁶² JAKOBS, Günther, *Sobre la normativización*, op. cit., pág. 90.

En este sentido hay que partir de la sociedad misma, que demuestra su vitalidad por medio de la vigencia de su sistema normativo¹⁸⁶³. En la vida social y sus condicionantes *de facto*, esta reflexión, aunque parezca de bagatela, tiene una plena actualidad, piénsese en algunas zonas controladas por organizaciones subrepticias y la calidad de vida, como sociedad, que se experimenta en dichos territorios. Al estar viva la sociedad entonces hay comunicación, si hay comunicación habrá Derecho y si hay Derecho existe conocimiento, o por lo menos posibilidad en cuanto a la asequibilidad del contenido normativo.

El conocimiento de la norma es condición de existencia para la sociedad¹⁸⁶⁴, ello porque sin el conocimiento no es posible orientarse. Por ejemplo, sería un absurdo que en España las normas penales tuviesen tal complejidad técnica que sólo los juristas expertos en Derecho penal pudieran conocerla, ya que no podrían hacer exigible ese conocimiento a los demás miembros de la sociedad. Una situación en la que el Derecho no es accesible para todos (considerando que existen unas condiciones mínimas de culturización) es un obstáculo para la vigencia de la norma. Sin conocimiento no puede exigirse respeto al modelo orientador. El Derecho en la antigüedad sí se encontraba obstaculizado y era monopolio de muy pocos iniciados, tales como “sabios” o “sacerdotes”. El Derecho estaba relacionado con la divinidad y sus misterios, pero en un mundo donde lo “mágico” ha sido substituido por “lo científico” ello ya no es posible. El conocimiento sobre el Derecho ya no está reservado, sino que se encuentra disperso por toda la sociedad en forma de comunicaciones.

Por ello en un riguroso concepto de sociedad funcional resulta exigible a los ciudadanos conocer la norma.

Otra cuestión, además de la posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos, es su aptitud para acatar la norma, lo que significa que la persona en sí ya presupone la cualidad de acatamiento¹⁸⁶⁵, ello porque la persona es sociedad. De esta manera, el sujeto que nace y se forma en sociedad tiene, en todo momento, posibilidad de conocer y respetar la norma, salvo casos especiales donde no existe comunicación como en el caso de inimputables y demás. En un contexto general desde el inicio de la vida social el sujeto cuenta con dichas aptitudes. Ello es así hasta el momento en el que desea excluirse a sí mismo, no obstante durante el tiempo que formó parte del mundo social tuvo acceso al contenido normativo y, sobre todo, a la vivencia práctica de una convivencia normativa.

JAKOBS afirma que, en caso de que se niegue esa voluntad de acatamiento hacia la norma, entonces hay culpabilidad, salvo supuestos especiales de inculpables como menores de edad¹⁸⁶⁶. En el caso de los delitos de organización se da precisamente el fenómeno de una voluntad totalmente opuesta al acatamiento de la norma. Hay un ánimo ya no sólo de desobediencia, sino de *anulación de la norma misma*. Bajo este esquema y siguiendo a JAKOBS, al haber una mayor oposición y grado de desobediencia a la norma, entonces habrá más culpabilidad.

¹⁸⁶³ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento de la norma”, traducción de Marcelo A SANCINETTI, en Günther JAKOBS / Eberhard STRUENSEE / Marcelo A SANCINETTI (presentador), *Problemas capitales*, op. cit., págs. 57-58.

¹⁸⁶⁴ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 58.

¹⁸⁶⁵ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 58.

¹⁸⁶⁶ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., págs. 58-59.

Volviendo al conocimiento del Derecho, JAKOBS afirma “(e)n una sociedad de cierta densidad, ese conocimiento no surge como saber aislado, que también se pudiera volver a olvidar, sino como saber con múltiples puntos de apoyo, dentro de un complejo de conocimientos respecto del cual no puede suceder que sea dejado de lado o desplazado, o que ni siquiera se aprenda o que ya no se conozca, ya porque este saber configura la orientación en el mundo de cada persona y ella fracasaría sin él”¹⁸⁶⁷. Conforme al texto de la cita, la norma no implica un conocimiento de naturaleza especializada y particular, sino que es parte de un conocimiento social-general, es decir, para todos, porque el Derecho precisamente trata de llegar a las personas para que configuren su modo de actuar bajo una determinada pauta de conducta.

JAKOBS en muchos de sus trabajos señala ciertos grados de socialización que él caracteriza como “exótica”¹⁸⁶⁸. La terminología no es extraña para el sistema *jakobsiano*, siempre sugerente y siempre polémico pero con una profundidad científica innegable y se refiere a ciertos sujetos que, por ejemplo, pudieran pertenecer a otras culturas¹⁸⁶⁹. En Europa tal vez esta cuestión no tenga mayor relevancia en la esfera fáctica, pero en prácticamente todos los países de América Latina una situación así puede acontecer con cierta frecuencia. Piénsese en la enorme cantidad de pueblos indígenas que existen por ejemplo en México y que muchos de ellos, debido a las condiciones deplorables en las que se encuentran algunas de sus comunidades, migran hacia las grandes ciudades. En un escenario así es posible que se presente un conflicto por sociabilización exótica¹⁸⁷⁰. En estos casos el Derecho penal tendrá que actuar mirando el problema a través de un prisma distinto. En Colombia así se pronunciaron las máximas autoridades jurisdiccionales al determinar que la figura de la inimputabilidad por diversidad cultural se encuentra en armonía con el texto constitucional¹⁸⁷¹. Sin embargo, desde la perspectiva que aquí se defiende, ello no puede ser regla general, sino que tendrá que atenderse al nivel de culturización exótica para el caso concreto.

¿Existe alguna relación entre la dinámica del terrorismo y ese grado de culturización? Realmente no, pero sirve para ilustrar con claridad cómo en ciertos países el tema de los contextos culturales y las cosmovisiones mitificadas sigue siendo tema de profunda reflexión y enorme complejidad. La cuestión es que en Europa y sobre todo en temas relativos a la fundación de bandas criminales terroristas es difícil poder encontrar un contexto social caótico. Dicha situación es palpable por que a nivel europeo existe cierta uniformidad educativa y económica; en pocas palabras, los países del contexto se han esforzado por establecer una base social lo menos dispar. La situación es

¹⁸⁶⁷ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 59.

¹⁸⁶⁸ Acerca de dicha terminología, *Vid.* Günther JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 659 y Günther JAKOBS, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 61.

¹⁸⁶⁹ Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 659.

¹⁸⁷⁰ En ese sentido es probable que se den conflictos entre pueblos indígenas y Derecho penal, y así lo ha reconocido la doctrina “En tales circunstancias, con el fin de evitar que personas con cosmovisiones distintas a la mayoría a nivel nacional, puedan afectar bienes jurídicos considerados, el Estado en vez de utilizar la criminalización para imponer los valores mayoritarios, puede recurrir a otros instrumentos como formas de diálogo intercultural (...)”, en Asunción COLÁS TURÉGANO, “Tratamiento penal de la diversidad cultural”, en Emiliano BORJA JIMÉNEZ (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 410. Como se aprecia en la cita, existe una concepción de reconocimiento del indígena como portador de una cultura distinta cuyas características no pueden ser ajenas al Derecho penal.

¹⁸⁷¹ COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Tratamiento penal de la diversidad cultural”, op. cit., pág. 410.

diametralmente opuesta a lo que ocurre en América Latina, donde la distribución de la riqueza es tan injusta que se dan paradojas poco creíbles y que son francamente groseras¹⁸⁷². Estas observaciones no se alejan del estudio dogmático que se lleva a cabo, sirviendo para enfatizar que en Derecho penal de culpabilidad existen infinidad de factores que son relevantes para una evaluación integral del sentido comunicativo que ha emitido el agente. Los contextos sociales exóticos deben ser atendidos, ya que se encuentran perfectamente en vigor y anclados a diversos temas como la economía, las artes y el acceso a bienes y servicios de cada Estado.

En el caso de la conformación de una organización terrorista, por más que se haga extensivo el concepto de socialización exótica, resulta complicado poder utilizarlo en beneficio de los conformadores. La razón es que el grado de oposición a la norma es tal índole que la mera lógica, el más mínimo sentido común puede indicar que lo que se hace va en contra de la sociedad misma. Bajo esta idea se vuelve a los defectos volitivos, porque la organización precisamente lo que busca es la contrariedad a la sociedad, situación que bajo un delito de organización sólo puede acontecer de manera dolosa.

Observado el tema de los defectos cognitivos desde una perspectiva solamente encuadrada en el conocimiento/desconocimiento de la norma, se pueden extraer interesantes deducciones. El abandono de las normas implica una desorientación social que resulta gravosa para el agente en tal grado que sólo puede atribuirse a un sujeto con problemas mentales o a alguno al que le es indiferente el Derecho¹⁸⁷³. El abandono de las normas implica un importante costo para aquel que se desenvuelve en sociedad y, dejando a un lado de aquí en adelante la posibilidad de los inimputables, sólo la indiferencia puede lógicamente ser una justificación lógica para el pago de dichos costes elevados. JAKOBS afirma de forma sintética que para un sujeto socializado e imputable es imposible el desconocimiento de la norma, pero es posible un desconocimiento selectivo de la misma que se materializa en el caso de la indiferencia¹⁸⁷⁴.

Tratándose de organizaciones terroristas hay que tener muy presentes las palabras de JAKOBS cuando afirma que “conocimiento de la norma, tal como fue desarrollado aquí, es conocimiento de la realidad social, conocimiento de lo cotidiano en la sociedad. Si ello es así, entonces tiene conocimiento de la norma también aquel que si bien conoce la realidad social no la acepta como válida.”¹⁸⁷⁵. Esta cuestión es la parte nuclear en el tema del terrorismo, donde está por demás claro que los sujetos que conforman la organización saben cómo funciona la sociedad. Así como saben la forma en la que se ha de conformar la organización, también saben cómo se conforma la sociedad, ello responde a una tangente de naturaleza estructural entre sistema y entorno. Si la organización no conociera la sociedad no habría diferenciación, en cuanto a la

¹⁸⁷² Un ejemplo claro de ello ha sido el ranking de la revista norte americana FORBES, según la cual durante su último sondeo varios mexicanos se encontraron en su lista de los hombres más ricos del planeta. Entre otras personalidades cabe destacar la de Carlos SLIM como el más rico del mundo, Emilio AZCÁRRAGA dueño de Televisa, Ricardo SALINAS dueño de Televisión Azteca y Joaquín GUZMÁN LOERA “el chapo Guzmán” líder del cartel de Sinaloa, en www.forbes.com/lists/2010/10billionaries-2010-TheWorlds-Billionaries_Rank_html

¹⁸⁷³ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 61.

¹⁸⁷⁴ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 62.

¹⁸⁷⁵ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., págs. 62-63.

conformación, entre sistema y entorno, y al no haber diferenciación, entonces no hay sistema. Para poder diferenciar es necesario conocer y en este caso así sucede con la norma y en consecuencia con la sociedad. El terrorismo organizativo conoce y distingue.

Se estudia por parte de JAKOBS un intercambio valorativo entre una realidad putrefacta, desde la concepción del sujeto, por una mejor, situación que suele ocurrir en autores de conciencia¹⁸⁷⁶. Ello suele suceder en los tipos especialmente desestabilizadores como el terrorismo y la rebelión, donde “(e)l revolucionario convencido no actúa desconociendo el ilícito realizado por él al subvertir la sociedad, medido esto según el antiguo orden, sino que aspira al fin de modificar la situación jurídica que muy bien conoce”¹⁸⁷⁷. El terrorismo organizativo no se mira a sí mismo como un grupo criminal, a pesar de que lo sabe perfectamente, sino que se autojustifica.

2. *Sobre el error de prohibición*

Para efectos de una mejor sistemática en la redacción del presente trabajo de investigación, se ha optado por desarrollar esta epígrafe por separado aunque su contenido sea más bien una síntesis de lo que se ha expuesto anteriormente con motivo de los defectos cognitivos. En ese sentido, es doctrina general que el desconocimiento inevitable de la norma no puede generar culpabilidad¹⁸⁷⁸. No se puede exigir a un sujeto que se entere de aquello que está lejos de su esfera de organización. Por otra parte, sí es exigible que el sujeto conozca la normativa que rodea al ejercicio de sus múltiples roles. Por ejemplo, el sujeto que echa a andar una empresa de autopartes, tiene la obligación de conocer la normativa relativa a su rol de empresario para cuestiones fiscales, uso de suelo, origen de las piezas, etc. Sin embargo, éste es un rol adquirido, uno de naturaleza especial. En el caso del rol común de ciudadano es de imperiosa necesidad conocer las normas mínimas de solidaridad y por ende las que regulan la no injerencia. En el caso de la conformación de una organización terrorista, es más que evidente que cualquier ciudadano socializado sabrá que conformar una organización terrorista con fines tan reprobables es castigable.

¿Existe la posibilidad de un error inevitable en un delito de organización como en el de la banda terrorista? La respuesta más lógica sería que no. Sin embargo, ello no es tan claro en figuras afines a la organización como es el grupo criminal donde con sólo tres sujetos y algunos actos de desorden ya se configura dicha institución¹⁸⁷⁹ y no está tan claro si la conformación justifica el incremento en el punitivismo de la conducta.

De acuerdo a la doctrina más autorizada, para que exista un delito es necesario no sólo que el agente sepa los extremos de la conducta típica, sino que también es menester que tenga conocimiento de que su conducta está prohibida, es decir, que tenga conciencia o por lo menos la posibilidad de ella, sobre la antijuridicidad del hecho¹⁸⁸⁰. Cuando se piensa en el nivel de conciencia de antijuridicidad que se exige en el caso del

¹⁸⁷⁶ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 63.

¹⁸⁷⁷ JAKOBS, Günther, “Conocimiento y desconocimiento”, op. cit., pág. 63.

¹⁸⁷⁸ JAKOBS, Günther, *Fundamentos del derecho penal*, op. cit., pág. 32.

¹⁸⁷⁹ *Vid.* págs. 130 y ss. del presente documento.

¹⁸⁸⁰ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 540.

terrorismo, en cualquiera de sus modalidades, se antoja difícil pensar en un supuesto donde los sujetos no tengan la conciencia antinormativa que se requiere.

Es necesaria una conciencia de lo ilícito de la conducta, pero ello no implica conocimiento de la punibilidad¹⁸⁸¹. La comprensión de su ilicitud no se exige como un conocimiento técnico jurídico, sino como conocimiento general¹⁸⁸². Si ello fuese así, si se exigiera un conocimiento técnico de la norma hasta el nivel de conocer la punibilidad, sólo los penalistas podrían entrar en el espectro abarcado por la llamada conciencia de la ilicitud.

STRATENWERTH hace una interesante reflexión acerca del impulso moral que puede arrojar a ciertas personas a la comisión de delitos en agravio de otros y se refiere a aquellos autores que por convicción religiosa o política llevan a cabo hechos delictivos sin que ello implique una afectación sobre la conciencia de la ilicitud¹⁸⁸³. En este sentido el fanatismo terrorista no puede ser considerado como “ceguera” que no permita al sujeto hacer asequible la ilicitud de su conducta. Por el contrario, puede llegar a ser motivo de mayor contundencia en la expresión comunicativa del Estado.

El conocimiento de la ilicitud tampoco implica el conocimiento del artículo que contiene la conducta prohibida¹⁸⁸⁴. Si esto fuese así, se estaría exigiendo un conocimiento técnico de la norma, lo cual no puede considerarse como asequible para la mayoría de la sociedad. Esta afirmación tiene mayores implicaciones de lo que parece; cuando una persona, llamémosla “profana”, piensa en Derecho penal, generalmente vienen a su mente concepciones más o menos claras sobre prisión, castigo, celda, policía, jueces, miedo, o en el mejor de los casos piensa en crímenes como el homicidio, la violación, el robo, pero ello porque forma parte de un Derecho penal nuclear, accesible, lógico para todos. Sin embargo, existen acciones que son de un rigor técnico bastante elevado, piénsese por ejemplo en delitos bursátiles o fiscales.

No obstante, también hay conductas de mayor rigor en el propio CP (en contraposición a las leyes penales especiales) como, por ejemplo, la interrupción de actos religiosos. La interrogante, bajo este contexto, consiste en averiguar si lesiones o puestas en peligro contra un bien jurídico colectivo como el orden público requieren de un conocimiento especializado. La respuesta es negativa. De hecho, el orden público, a pesar de las dificultades dogmáticas y político-criminales que presenta, es bastante comprensible en cuanto a que su vulneración acarreará alguna reacción por parte del Estado. En una sociedad comunicativa se sabe que, ante conductas que van desde quemar un basurero hasta poner un coche bomba, se desencadenará alguna reacción legal. Lo mismo sucede con el artículo 571 del CP español.

La literatura se inclina, de la mano de STRATENWERTH, por una concepción de la conciencia de la ilicitud, sobre una base de conocimiento en la naturaleza jurídica de la norma violentada; se requiere que el sujeto sepa que aquello que hace está prohibido legalmente¹⁸⁸⁵, aunque desconozca los alcances precisos de la prohibición. Pero de

¹⁸⁸¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 667, en el mismo sentido Günter, STRATENWERTH, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 252.

¹⁸⁸² STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 251.

¹⁸⁸³ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 251.

¹⁸⁸⁴ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 252.

¹⁸⁸⁵ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., págs. 252-253.

todas maneras la cuestión no acaba por quedar del todo clara. JAKOBS agrega otros ingredientes a la discusión, al establecer que el conocimiento del injusto no se limita al conocimiento del Derecho, sino que se ha de orientar hacia el fundamento material de la antijuridicidad, es decir, a la perturbación social¹⁸⁸⁶. Esta cuestión resulta ser mucho más asequible para los miembros de la sociedad que las relativas al conocimiento de la norma en determinado sentido como prohibición jurídica. En el caso de la organización terrorista ello es palpable. Por una parte, el artículo 571 contiene remisión a otros numerales (técnica jurídica reprobable), además de un importante rigor técnico en ordena a la comprensión de los esquemas de imputación (promover, constituir, organizar o dirigir) entre otros elementos. Pero lo que es de fácil comprensión es la concepción sobre el daño que se genera con la estructuración del injusto. En otras palabras, es suficiente con el conocimiento sobre la importancia de la norma para el sistema¹⁸⁸⁷. Este tema brinda la posibilidad de explorar un poco más a través de un ejemplo: piénsese en MOISÉS; se suele afirmar que participó en los diez mandamientos, que no son otra cosa que una decena de breves frases que han trascendido profundamente en el tiempo, más que cualesquiera otras¹⁸⁸⁸. La importancia de sus enunciados ha sido ejemplo de orden y de paz para muchas culturas. Con esta reflexión se busca subrayar que la importancia de la norma puede trascender a los siglos por su sencillez en cuanto a lo evidente del daño que producen.

En materia de Derecho penal del enemigo, no es posible alegar error de prohibición, debido también a que la categoría de enemigo, al ser pura normatividad, requiere del conocimiento de la norma y por ende de su importancia al momento de elegir la oposición a la misma. Un sujeto nunca se trasladará de persona a enemigo, con todos los costes que ello implica, si la norma no le es importante. Bajo este orden de ideas, la relevancia que se da al valor del modelo orientador es parte esencial del proceso de enemistad que se traduce en el caso concreto del injusto sistémico. Por estas razones, que se agregan a las demás que se han ido esgrimiendo, es imposible alegar desconocimiento de la norma bajo la óptica de dañosidad al sistema social.

La conciencia del injusto se refiere, en un aspecto temporal, al momento del hecho en sí y que dicho conocimiento ha de ser sobre un injusto específico *versus* generalidad¹⁸⁸⁹. De esta manera, el dolo ha de abarcar únicamente el dolo de conformación, en cada uno de los cuatro modelos de imputación que señala el tipo. La distancia entre el sujeto y la norma ha de resolverse según el caso concreto¹⁸⁹⁰. Esta situación aplicada al Derecho penal del terrorismo genera la posibilidad de que existan diferentes niveles de enemistad.

¿Todos los enemigos guardan la misma distancia frente a la norma? En un principio, hay un evidente alejamiento del modelo de orientación, al buscar el planteamiento de un esquema social distinto y por ende a través de la autoexclusión potestativa. Sin embargo, una vez excluidos, habrá que explorar caso por caso para determinar con la mayor precisión posible el alejamiento o cercanía frente a la norma. En el propio tipo del artículo 571 se antoja diferenciable promover que organizar,

¹⁸⁸⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 668.

¹⁸⁸⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 668.

¹⁸⁸⁸ GOLDSTEIN, Mateo, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Atalaya, Buenos Aires, 1947, pág. 31.

¹⁸⁸⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., págs. 669-670.

¹⁸⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 670.

aunque, como se mencionó en el capítulo correspondiente, suelen existir mutaciones entre los modelos de imputación. Ambas conductas demuestran enemistad, pero deberán de ser graduadas en su justa medida. Ambas conductas demuestran enemistad, pero deberán de ser graduadas en su justa medida.

JAKOBS señala que, bajo esquemas psicológicos, es posible hablar de un error de prohibición parcial¹⁸⁹¹, temática que no tiene lugar en Derecho penal del enemigo, por una simple cuestión de contradicción de términos. Las categorías de persona y enemigo son de naturaleza avalorada, científica y descriptiva, por lo que hablar de error de prohibición parcial podría desencadenar una confusión sobre la posibilidad de existencia de sujetos con el estatus de “media persona” o “medio enemigo”. Dichas entidades no admiten puntos grises por su propia naturaleza; sin embargo, ello no es obstáculo para el juez determine, conforme a la proximidad a la norma, que la culpabilidad sea diferenciable. “La conciencia del injusto no sólo ocurre cuando el autor conoce el injusto y ya no tiene dudas sobre si su comportamiento no será conforme a Derecho, sino ya cuando -paralelamente al límite del dolo- considera seriamente que su comportamiento puede ser contrario a la norma”¹⁸⁹². Se reitera el principio de que en una sociedad altamente normativizada, como la de las modernas democracias, es difícil que un sujeto, por lo menos, no considere que la mayoría de las conductas penalmente relevantes estén prohibidas. Dicho de otra manera, y aplicado al caso concreto, es imposible que por lo menos un sujeto no contemple que la conformación de una organización terrorista pueda llegar a ser contraria a Derecho. El tema también puede aclararse seriamente a través de un defecto volitivo en modalidad de un dolo eventual de lesión a la vigencia de la norma.

G) Fidelidad al Derecho como elemento de la culpabilidad

La cuestión relativa al *conocimiento* del Derecho es distinta a la de *fidelidad* hacia el mismo. En este capítulo ya se ha hecho referencia a la obediencia que se ha de tener frente a la norma, pero ello no ha dejado de ser meramente eso, una referencia. El problema del Derecho como construcción cultural a la que se debe seguimiento siempre ha generado conflictos. El tema debe ser abordado desde el seno de la sociedad de roles, empapada en la comunicación y con una orientación de las consecuencias, siempre con orientación hacia la prevención general positiva.

La cuestión relativa a la infidelidad puede ser relacionada directamente con el terrorismo como modelo de Derecho penal del enemigo. Esto se genera por el grado de apartamiento que se manifiesta objetivamente. El apartamiento posee un sentido axiológico orientado hacia una distinción, de tal suerte que aquel que se separa no quiere ser confundido con los demás y desea sentirse superior frente al resto¹⁸⁹³. Por ello, la asociación funcional de delinquentes opera efectivamente como materialización objetiva de ese apartamiento. Esta cuestión se puede entender al concebir a la sociedad como un influjo mutuo entre los hombres¹⁸⁹⁴, que es semejante, en principio, a la moderna consideración comunicativa de la sociedad.

¹⁸⁹¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 671.

¹⁸⁹² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 671.

¹⁸⁹³ SIMMEL, Jorge, *Sociología, Estudios sobre las formas de socialización*, traducción de J PÉREZ BANCES, Revista de Occidente, Madrid, 1926, pág. 156.

¹⁸⁹⁴ SIMMEL, Jorge, *Sociología, Estudios*, op. cit., pág. 17.

La persona como sujeto de sociedad tiene importantes obligaciones. Una de ellas es la fidelidad al Derecho. La obediencia hacia las leyes constituye una obligación de naturaleza política¹⁸⁹⁵. El ciudadano forma parte de la república, de la *cosa pública* y como integrante ha de responder por las consecuencias de sus acciones. En otras palabras, el sujeto ha de mostrar un interés por las cuestiones concernientes a la sociedad.

Para explorar la obediencia al Derecho como orientación fiel del ciudadano hacia la norma, hay que partir de una base dada por hecho. Tal fundamento descansa en que se debe de seguir la norma codificada. La norma al ser Derecho positivo se presupone como válida¹⁸⁹⁶. En consecuencia, no se efectuarán disertaciones acerca de la legitimidad del mismo. Sin esa base no cabría espacio para un debate sobre la infidelidad al Derecho como categoría de culpabilidad y se obligaría a un retorno hasta las antípodas de la teoría política explorando la legitimidad de la autoridad misma.

Cuando la disertación versa sobre la fidelidad al Derecho como parte de la culpabilidad, entonces se requiere partir de un esquema de culpabilidad material. Para JAKOBS, como señala JESCHECK, la culpabilidad material significa la infracción de normas legítimas alejándose, de esta manera, de un concepto individual de reproche culpabilístico¹⁸⁹⁷. Para este último autor, la culpabilidad material puede responder, entre otras muchas, a exigencias de prevención general¹⁸⁹⁸. ROXIN, también en una línea con trazos de prevención general positiva, estima que existe una relación de dependencia entre paz y seguridad con expectativa de motivación conforme a Derecho, y estima que en el momento en el que se viola una norma penal se forma una alteración de la conciencia jurídica general que se traduce en inseguridad que se resuelve cuando el sujeto es castigado penalmente¹⁸⁹⁹. Esta afirmación contiene elementos de mayor similitud con la teoría de JAKOBS que la variada y multicolor concepción dogmático-políticocriminal de ROXIN. Sin embargo, lo que es importante, a efectos del presente análisis, es que tales concepciones van de la mano con la vulneración a la norma como eje esencial de la culpabilidad material. En otras palabras, la infidelidad al Derecho es un elemento fundamental que forma parte de la culpabilidad.

A pesar de lo dicho, el concepto material de culpabilidad plantea importantes dificultades, debido a que no existe referencia sobre el mismo en el reproche¹⁹⁰⁰. Ello por que no se hace mención acerca de la legitimidad del mismo al momento de ser emitido el juicio desvalorativo. Conforme a la perspectiva del liberalismo racional, la culpabilidad material implica una violación al contrato ente egoístas, donde se cede parte de la libertad para ganar más libertad, de esta manera la culpabilidad material

¹⁸⁹⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987, pág. 57.

¹⁸⁹⁶ KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, traducción de Albert CALSAMIGLIA, Ariel, Barcelona, 1991, pág. 183.

¹⁸⁹⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., cita núm. 2, pág. 437.

¹⁸⁹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 453.

¹⁸⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 810.

¹⁹⁰⁰ KINDHÄUSER, Urs, "La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad", traducción de Percy GARCÍA CAVERO, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, pág. 186.

implica rompimiento del pacto porque los intereses individuales del sujeto incumplidor tienen un mayor valor teleológico que el mantenimiento del contrato adoptado¹⁹⁰¹.

Desde otra perspectiva, la del liberalismo racional *kantiano*, “(...) la culpabilidad material es igualmente una razón deficietaria: el delito es autocorrupción moral de un congénere que es considerado como un ser racional, igual y libre”¹⁹⁰². Al cometer el delito, el sujeto ha llevado a cabo una autorregulación moral que no se encuentra autorizada socialmente, por ello ha incurrido en un libertinaje. Esta posición *kantiana* no se ha salvado de múltiples críticas relativas a ese concepto de autorregulación, que al fin y a la postre no hace sino condicionar el Derecho a la subjetividad individual que se puede extender, incluso, hasta la existencia o no de bienes jurídicos¹⁹⁰³. Conforme a la perspectiva que aquí se viene defendiendo, el Derecho nace de la sociedad y se regula por ella misma en el sistema de roles, sin que sea menester que la norma pase por un “filtro moral” que reside en las profundidades de la conciencia humana. Para KINDHÄUSER, la moderna sociedad comunicativa de libertades no puede armonizarse con la concepción antigua del liberalismo racional¹⁹⁰⁴, opinión a la que nos sumamos sin lugar a dudas.

KINDHÄUSER resume la culpabilidad material en JAKOBS al afirmar que sólo basta la infracción al rol de ciudadano que siendo libre infringe las normas que posibilitan dicha libertad¹⁹⁰⁵. Sin embargo, la culpabilidad ha de implicar otra cosa: es el planteamiento de un sistema normativo nuevo, una concepción paralela del mundo a través de la emisión de un mensaje comunicativo que lesiona bienes jurídicos y el ambiente nomológico de la vigencia de la norma. La culpabilidad implica una síntesis de todo el sistema de imputación partiendo de esta como presupuesto de la acción misma. KINDHÄUSER es crítico sobre el sistema de JAKOBS acusándolo de un excesivo objetivismo, una sobrevaloración de la expresión externa del sujeto como infidelidad al Derecho y afirma que la posición de este último puede ser aplicada al Estado paternalista del despotismo ilustrado¹⁹⁰⁶.

Siguiendo con la crítica a JAKOBS, continúa KINDHÄUSER señalando que en un Estado democrático es necesario tomar en cuenta el esfuerzo subjetivo desplegado por el sujeto para comprender comunicativamente la norma a efectos de llevar a cabo una coordinación de intereses entre los sujetos¹⁹⁰⁷. Desde el punto de vista que aquí se viene manejando, no es necesario realmente un esfuerzo de comprensión por que en una sociedad normativizada la comprensión de la norma no es asunto de “esfuerzos”. La norma no puede quedar supeditada a representaciones defectuosas atribuibles a los ciudadanos¹⁹⁰⁸.

El modelo de orientación conformado y comunicado socialmente ha de ser, y es, asequible para todos de tal manera que precisamente no sean requeridas profundas elucubraciones. El camino normativo es lo suficientemente claro para exigir una visión

¹⁹⁰¹ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., págs. 187-188.

¹⁹⁰² KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 189.

¹⁹⁰³ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 191.

¹⁹⁰⁴ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 192.

¹⁹⁰⁵ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 193.

¹⁹⁰⁶ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 193.

¹⁹⁰⁷ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 193.

¹⁹⁰⁸ TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El “error iuris”, perspectivas materiales y sistemáticas”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 44, Fascículo I, Madrid, 1991, pág. 26.

externa, objetiva de la culpabilidad. Los “esfuerzos intersubjetivos de comprensión comunicativa¹⁹⁰⁹”, como los denomina KINDHÄUSER no tienen lugar en este esquema social. El cumplimiento de la norma, situación que exime la culpabilidad, no es un mérito por parte del ciudadano; el sujeto no ha de ser premiado por el ejercicio correcto de su rol, sino que es un comportamiento neutral. En una sociedad normativizada y democrática el cumplimiento de la expectativa normativa no es ningún mérito, sino que es simplemente el ejercicio del rol social como ciudadano y el aseguramiento mínimo de expectativas. Si se considera como mérito o como trascendente el “esfuerzo” de seguimiento de la norma, entonces ya no es posible hablar de una sociedad que vive en democracia, sino de un conglomerado donde la vida se rige por un esquema de *premios y castigos*. En pocas palabras, la autoadministración de la esfera de libertad evitando injerencias en ámbitos de organización ajena no implica un mérito sino una obligación ciudadana.

Si fuese relevante a tal grado de incidir en la culpabilidad el esfuerzo intersubjetivo, entonces habría que “aplaudir” por dicha situación a los sujetos que han renunciado a la ejecución de delitos, pertenecientes al Derecho penal del ciudadano y por otra parte, sería imprescindible “ponerse de pie y aplaudir” frente al sujeto que decide no llevar a cabo conductas que se circunscriben en el ámbito de aplicación del Derecho penal del enemigo. Por ejemplo, habría que premiar a aquel que piensa en constituir una organización terrorista pero que se retracta. De esta forma la sociedad estaría a merced de la voluntad delictiva intersubjetiva.

KINDHÄUSER, después de expresarse sobre la importancia de lo intersubjetivo, desconcierta un poco al afirmar que la culpabilidad se encuentra próxima al esquema del rol de ciudadano y que la idea de fidelidad al Derecho es cercana a la concepción normativa de la sociedad que se traduce en el comunitarismo¹⁹¹⁰. La cuestión es que intersubjetividad y rol no son compatibles, porque en primer lugar el rol es absolutamente accesible al sujeto y en segundo término el rol es objetividad porque implica desenvolvimiento en sociedad.

El comunitarismo implica que la calidad de la democracia depende de la asunción de responsabilidades que cada ciudadano deberá de cumplir, es decir, la democracia ha de depender del cumplimiento de los deberes como ciudadanos¹⁹¹¹. En este sentido, el comunitarismo peca de un excesivo conductivismo, porque condiciona la estructura política de la nación a cada uno de los ciudadanos y al cumplimiento de sus obligaciones. Si los ciudadanos no cumplen con sus obligaciones la democracia puede decaer hasta el punto de desaparecer.

Otro aspecto de este modelo que resulta más cercano al funcionalismo es aquel que estima a la culpabilidad como un “desprecio de la responsabilidad por el bien común”¹⁹¹², pero dicho concepto es demasiado amplio como para ser situado en una categoría dogmática. Hablar de bien común implica centrar el debate en un concepto que se encuentra plagado por la vaguedad y diversidad de opiniones, situación que no puede ser aceptable dentro de un sistema donde dicho elemento servirá como fundamento para la imposición de una pena. El bien común no puede emplearse, como

¹⁹⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 193.

¹⁹¹⁰ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 194.

¹⁹¹¹ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 194.

¹⁹¹² KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 195.

concepto social o político, en un sistema normativo de Derecho penal. Otra cuestión es la responsabilidad por el bien común. Sin embargo, es complicado establecer la parcela de autoadministración del bien común que le corresponde a cada sujeto.

El comunitarismo se inclina por estimar que el respeto hacia la norma implica una virtud del ciudadano¹⁹¹³. Este punto de vista arrastra el debate de nuevo a una temática de premios y castigos, a una visualización pedagógica del Derecho penal. El cumplimiento de la norma no es tampoco una virtud, sino que es una obligación de las personas en Derecho, sin que su cumplimiento implique un reconocimiento extraordinario, sino sólo llevar a cabo lo que se tiene que hacer. Ya manifiesta POPPER que tal vez no podamos hacer mucho por el futuro, pero ese poco hay que hacerlo. La persona como ente que se desenvuelve en una realidad histórica determinada tiene la obligación de contribuir a la sociedad sin que ello implique ningún mérito virtuoso o extraordinario. La persona no merece medallas por su comportamiento ciudadano.

Sin embargo, se ha argumentado que la obligación que tiene el ciudadano de conducirse conforme a Derecho puede ser tildada de totalitaria¹⁹¹⁴, a lo que JAKOBS ha contestado: “(s)i fuera cierto que el Estado tuviera que ocuparse él sólo de procurar una suficiente cimentación cognitiva de la personalidad, entonces tendría que existir una vigilancia de tal envergadura que ya no podría hablarse más de libertad, sobre todo porque también los mismos vigilantes deberían ser vigilados constantemente”¹⁹¹⁵. En democracia también el ciudadano debe aportar seguridad. El Estado no puede ser concebido como un súper policía encargado de velar por todos los participantes sociales.

Desde otra perspectiva, la intersubjetivización no puede ser exigible en el caso de la conformación de un delito de organización como el terrorismo sistémico debido a que la más mínima lógica y sentido común revelan que la conformación de la organización terrorista es a todas luces contraria al Estado como entidad política. El universo social ha de girar en torno a lo que cada uno debe de hacer. Partiendo de esa base todo lo que implique la concepción de un mundo paralelo a ese deber demuestra la fragilidad del sistema social y una destrucción potencial del mismo¹⁹¹⁶. En el caso de la conformación de la organización terrorista, ocurre que precisamente esa infracción al deber mínimo de solidaridad y al posicionarse como enemigo, sí demuestra lo fácil que es desautorizar al sistema, de ahí nace la propia necesidad de la pena como mecanismo estabilizador. Sin embargo, el papel de la comunicación a través de la pena no puede visualizarse, de ninguna manera, desde una perspectiva moralista, reformadora; el Derecho penal no tiene como función la de crear hombres buenos¹⁹¹⁷.

KINDHAUSER, en su análisis sobre la autonomía y lealtad comunicativa, estima que, en materia de comprensión comunicativa de las normas, cada sujeto posee un doble rol consistente en ser autor de la norma y destinatario de la misma¹⁹¹⁸. En este sentido, receptores del mensaje comunicativo han de ser los miembros de la sociedad, porque

¹⁹¹³ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 196.

¹⁹¹⁴ JAKOBS, Günther, “Diez años después”, op. cit., pág. 23.

¹⁹¹⁵ JAKOBS, Günther, “Diez años después”, op. cit., pág. 23.

¹⁹¹⁶ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 197.

¹⁹¹⁷ REYNA ALFARO, Luis Miguel, “Derecho penal, ética y fidelidad al Derecho”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág.771

¹⁹¹⁸ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 204.

éstos son los únicos capaces de llevar a cabo un despliegue conductual que se aparte de la lesión a bienes jurídicos¹⁹¹⁹. Otras posturas miran a la pena como un mecanismo a través del que se puede constatar que el sistema institucional funciona correctamente¹⁹²⁰, postura que rechazamos por que no puede confundirse la vigencia de la norma a través de prevención general positiva con cierto eficientismo institucional. Además el hecho de que se aplique una pena no quiere decir que el sistema funcione correctamente, máxime si se piensa en países con importantes deficiencias en sus sistemas de impartición de justicia como por ejemplo en todos los países de América Latina, donde no son infrecuentes los errores judiciales y sobre todo la corrupción en los aparatos judiciales.

La infracción de la norma implica una falta de comprensión comunicativa¹⁹²¹, ello además implica un exceso en el ejercicio de la esfera de libertad de cada uno de los sujetos en sociedad y bajo este esquema la culpabilidad ha de ser entonces “(...) una acción que expresa una falta de fidelidad al Derecho (...)”¹⁹²².

H) Inexigibilidad y convicción

La problemática que rodea el tema de la exigibilidad / inexigibilidad ha dado lugar a importantes debates a lo largo del desarrollo doctrinario. La cuestión ha redundado en disertaciones sobre la ubicación de la inexigibilidad, hasta la inseguridad jurídica que puede llegar a plantear su consideración como una causa supra legal de exclusión culpable¹⁹²³.

En ocasiones la persona, por diversas circunstancias, no puede seguir el camino trazado por la norma; sin embargo, la libertad de autoorganización, en cuanto a su voluntad de cumplimiento, puede que no dependa enteramente del sujeto. La problemática de la exigibilidad radica en que no posee ningún elemento objetivo en cuanto a su contenido que permita alguna ponderación¹⁹²⁴. De esta manera, no hay en la ley alguna referencia constatable de lo que implica la figura y por ende habrá que atender al caso concreto.

Un ejemplo de inexigibilidad se puede presentar en el caso de un secuestro; mientras un miembro de la banda terrorista sujeta por el cuello a una víctima y le dice a un sujeto tercero que decida sobre la vida de quien se tiene sujeto o la vida de un familiar suyo. El sujeto tercero, al no conocer al ciudadano que el secuestrado tiene por el cuello, manifiesta su elección de muerte hacia este, salvando así la vida de su familiar.

¹⁹¹⁹ RIGHI, Federico, “Culpabilidad y libertad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA José Miguel / ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal*, op. cit., pág. 795.

¹⁹²⁰ “Formulada la aclaración de que la pena no puede ser entendida como algo vacío, es decir, carente de sentido, la misma, “se aplica para que el ciudadano vea que el ciudadano vea que el aparato de justicia funciona, que la persona que demuestra desprecio por la ley, no se sale con la suya”, con lo que se reconoce la finalidad de confirmar la vigencia de las instituciones”, en Federico RIGHI, “Culpabilidad y libertad”, op. cit., pág. 795.

¹⁹²¹ KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 210.

¹⁹²² KINDHÄUSER, Urs, “La fidelidad al Derecho”, op. cit., pág. 201.

¹⁹²³ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad en la teoría del delito*, Comares, Granada, 2004, págs. 50 y ss.

¹⁹²⁴ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad*, op. cit., pág. 63.

La exigibilidad se encuentra presente en todas las categorías del delito¹⁹²⁵; sin embargo, es en la culpabilidad donde tiene su asiento principal. En el sentido de la exigibilidad/inexigibilidad, resulta bastante complicado poder introducir la temática de la organización terrorista; no obstante, se pueden extraer algunos elementos interesantes vinculados al carácter ideológico de la conformación injusta. No hay que olvidar que la organización terrorista contiene importantes elementos de ideologización que son el fundamento estructural de la conformación.

El propio JAKOBS pone como ejemplo de un autor por convicción a un sujeto que considera al sistema democrático como decadente y que debe ser superado¹⁹²⁶. Sin embargo, esta situación no deja de mantenerse dentro de los límites de lo jurídicamente tolerado, gracias a que el mero pensamiento no delinque. Este ejemplo del maestro alemán es clasificado por él mismo como de autores por convicción *blandos*¹⁹²⁷. Naturalmente, si se habla de esta levedad en ciertos autores por convicción, tendrán que existir autores por convicción que no resulten tolerables. JAKOBS los denomina autores por convicción *duros*, que se caracterizan por que si no hacen caso a sus imperativos, dañan a su persona¹⁹²⁸. Es interesante que el daño a la persona del sujeto implique muchas veces, en cuanto a su evitación, la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos pertenecientes a otras personas, incluido por supuesto el Estado mismo. ¿Esta situación implica tolerancia?, por supuesto que no.

La ceguera ideológica, la convicción en un grado *fundamentalista* no puede ser consentido por el sistema comunicativo porque ello implicaría la negación misma del sistema de expectativas. En la conformación organizativa del terrorismo la regla común es que la ideologización de sus participantes raye en el extremismo. La cuestión central consiste en distinguir si el conflicto que se presenta entre convicción y ordenamiento jurídico implica una lesión o no al mismo y en caso de presentarse una afectación, entonces no habrá lugar a exculpación por el conflicto¹⁹²⁹. En el caso del terrorismo existe una verdadera confrontación entre la convicción y el ordenamiento jurídico, incluso el mismo JAKOBS establece una importante diferencia entre el sectario esotérico y el terrorista agresivo¹⁹³⁰. Una persona que tiene un pensamiento esotérico puede tener una convicción plena de que el orden jurídico (o incluso el orden universal en general) se encuentran destinados al atavismo y que urge un cambio de paradigma. Sin embargo, ello no tendrá relevancia para el Derecho penal a pesar de que incluso llegase a tener convicciones altamente agresivas: si este mismo sujeto se asocia delictivamente ya hay una necesidad de heteroadministración por parte del Estado.

En una sociedad de libertades, el Derecho no puede intervenir en la mente del sujeto. El Derecho no está legitimado para prohibir convicciones y al abstenerse de ello debe de asumir los riesgos que ello pueda generar¹⁹³¹. Bajo este mismo esquema, también la inexigibilidad puede vincularse a la responsabilidad de terceros, por ejemplo en el caso de la educación bajo un régimen totalitario puntualmente acerca de la eliminación de judíos¹⁹³². Sin embargo, ello no tiene cabida en una sociedad puramente

¹⁹²⁵ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad*, op. cit., pág. 71.

¹⁹²⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 699.

¹⁹²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 699.

¹⁹²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 700.

¹⁹²⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 701.

¹⁹³⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 701.

¹⁹³¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 702.

¹⁹³² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 702.

comunicativa y bajo el amparo de un sistema democrático. Por ello el Derecho penal del enemigo encargado del combate al terrorismo sólo puede existir dentro de un Estado democrático. En un sistema social donde no hay comunicación de cierto nivel, no pueden existir operaciones estatales contrafácticas con elevado nivel comunicativo.

En resumen, una organización que posea un grado de ideologización que raye en el fundamentalismo traduciendo sus acciones a través de dicha ideología, habrá de reputarse como rechazable enteramente. En democracia los esoterismos ideológicos y demás convicciones se mantendrán dentro de lo socialmente tolerable mientras no manifiesten objetivamente un atentado en contra del orden jurídico. Sin embargo, en una sociedad comunicativa es imposible considerar la convicción terrorista como valor axiológico que autorice la inexigibilidad de otra conducta. En pocas palabras, las conductas que se circunscriben dentro de las categorías descriptivas del Derecho penal del enemigo no admiten, por ningún motivo, exculpación por inexigibilidad. Ello se debe a que el conflicto entre convicción y Estado se traduce objetivamente en la conformación de la organización terrorista generando un cuestionamiento sobre la vigencia de la norma (clima altamente normativizado) y los bienes jurídicos que se protegen, por ejemplo, el orden público. No tiene nada que ver un conflicto de convicción entre un médico al momento de realizar un aborto y un grupo de sujetos que se agrupan de en forma de un delito de organización.

Bajo este esquema en materia de organizaciones terroristas, a todos los ciudadanos es exigible comportarse de otra manera, es decir, se les exige la realización de otra conducta. En materia de inexigibilidad se suelen hablar de circunstancias extraordinarias que restringen el poder transitar por el sendero de la norma¹⁹³³. De esta manera tendrá que haber un influjo externo que determine al sujeto a tal grado que se lleve a cabo un bloqueo entre norma y acción conforme a Derecho.

La doctrina ha estimado que debe haber una presión psíquica de tal magnitud que no permita al sujeto actuar de conformidad a la norma al momento de llevar a cabo el hecho¹⁹³⁴. Es interesante la paradoja que se presenta al pensar en dicha coacción psíquica al conformar la organización terrorista, veamos: cuando en un primer momento se encuentra la sociedad en paz, no debe de haber ninguna coacción hacia nadie. Sin embargo, en democracia es completamente aceptable que existan convicciones, ideologías, distintas a las de los modelos de orientación establecidos por la sociedad. ¿Pero la convicción puede llevar elevarse a tal grado que provoque en el sujeto una suerte de contraposición entre convicción y ordenamiento que haga sentir a éste que el ordenamiento ejerce sobre él una presión psicológica irresistible? Es complicado, aunque ello puede servir como soporte del fundamentalismo terrorista. Dogmáticamente la situación ha de ser rechazable de plano por la vaguedad que ello implicaría y por ende la inseguridad jurídica reinante sería intolerable para el libre desarrollo de la personalidad.

Por otra parte, el debate ya no es tan sencillo al momento de la posibilidad que pueden llegar a ejercer los dirigentes y organizadores sobre determinadas personas para que formen parte de sus filas. Ello existe claramente en otras clases de delitos de organización como los cárteles de la droga donde por ejemplo, los migrantes que pasan por México camino a los EE.UU suelen ser privados de la libertad y obligados a formar

¹⁹³³ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 263.

¹⁹³⁴ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 263.

parte del crimen organizado¹⁹³⁵. Sin embargo, ello se ha venido presentando últimamente porque las filas de ciertas organizaciones se han visto mermadas y requieren de nuevos elementos, situación que no suele suceder con el terrorismo organizativo. La reflexión sobre dicha circunstancia no deja de ser interesante. Una de las razones por las que no sucede ello en el caso por del terrorismo organizado es que para formar parte de dicha organización se requiere un grado de ideologización muy alta, a diferencia de los cárteles de la droga. Para el terrorismo, es de máxima importancia que sus miembros se encuentren convencidos de la ideología que alimenta sus acciones además de poseer sistemas de control sobre dichos sujetos que son mucho más rigurosos que en los cárteles mexicanos. Lo que sucede con estos últimos es que obligan a personas a formar parte del estrato más superficial de la organización, es decir, del sicariato. Las organizaciones obligan a personas a que se conviertan en asesinos a sueldo y nada más, a sabiendas, además, de que la vida de un sicario suele ser breve y que su nivel de filtración hacia los adentros de la sociedad criminal no será muy profundo, generalmente.

A pesar de estos razonamientos, hay una interesante postura sustentada por LLOBET ANGLÍ, que se denominan *supuestos de colaboración obligada*, consistente en la participación de sujetos tales como familiares, amigos o terceros que resultan amenazados o extorsionados para que lleven a cabo aportaciones a la organización¹⁹³⁶. De esta manera, la doctrina maneja estos tres grupos de sujetos de imputación que resultan especialmente problemáticos tanto en la práctica como en el análisis de la doctrina y la jurisprudencia. Siguiendo a LLOBET ANGLÍ, es importante distinguir los casos en los que hay participación por parte de familiares o amigos. En este sentido, ¿qué sucede cuando una persona se entera de que un familiar o amigo cercano se encuentra conformando (promover, constituir, organizar o dirigir) una organización terrorista? El tema no es nada sencillo de resolver, debido a que la omisión de denuncia raya en las fronteras del encubrimiento y, por otra parte, el Derecho no puede exigir a las personas comportarse heroicamente o contra su propia naturaleza y por ende en contra de las personas con las que comparten importantes vínculos personales.

El CP español, en su artículo 450, regula los delitos relativos a la omisión de los deberes de impedir delitos o de promover su persecución. Específicamente en el artículo 451 comienza el tratamiento del encubrimiento y en el 454 se presenta una excusa absolutoria consistente en lo siguiente. A continuación se expone la redacción de los artículos mencionados.

El legislador español ha establecido, en el art. 451,3º,a), que serán castigados por delito de encubrimiento los que ayuden a los responsables a eludir la investigación o a sustraerse a su busca o captura en las hipótesis, entre otras conductas, de delitos magnicidio, genocidio y terrorismo.

Mientras que en el artículo 454 dispone: “Están exentos de las penas impuestas a los encubridores los que lo sean de su cónyuge o de persona a quien se hallen ligados de forma estable por análoga relación de afectividad, de sus ascendientes, descendientes, hermanos, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados, con la sola

¹⁹³⁵ <http://quien gobiernamexico.wordpress.com/2011/05/30/mandos-militares-molestos/>
<http://www.imagendelgolfo.com.mx/resumen.php?id=276732>

¹⁹³⁶ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 419.

excepción de los encubridores que se hallen comprendidos en el supuesto del número 1º. del artículo 451”¹⁹³⁷.

Sobre la naturaleza jurídica del 454 no han hecho falta los vaivenes entre la doctrina española como lo hace constatar AGUADO CORREA, de tal suerte que se le considera como una excusa absolutoria que debe ser explorada dentro de la categoría de la culpabilidad y que tiene su fundamento en el principio de inexigibilidad de otra conducta¹⁹³⁸. Ello tiene su razón de ser porque el propio Derecho penal no puede exigir el sufrimiento de personas, ello no en el sentido del dolor penal y demás contornos relativos a la teoría de la pena, sino desde la perspectiva del encubrimiento. Si un Derecho penal exigiera, eso significaría un retroceso democrático de gran envergadura porque implicaría un riesgo inaceptable de disolución de estructuras esenciales para el tejido social como lo es la familia y las relaciones inherentes a la misma. La delación entre personas que sostienen vínculos familiares o de profunda amistad no puede ser exigida so pena de provocar un caos comunicativo al interior del sistema de Derecho penal. Sin embargo, para otro sector de la doctrina las excusas absolutorias deben ser estudiadas a nivel de punibilidad; en este sentido, las excusas absolutorias eliminan la punibilidad por razones de naturaleza político criminal¹⁹³⁹. La situación aplica para el caso de la conformación de organización criminal. En el caso de los parientes no es punible la conducta antijurídica y culpable en razón de la ausencia de necesidad preventivo-general y especial de imposición de la pena¹⁹⁴⁰.

La cuestión que se presenta radica en cómo resolver el tema limítrofe entre una conducta que aporta elementos a la organización y el fundamento para no sancionar a parientes y demás personas allegadas a los conformadores. Se debe tomar como premisa que en ocasiones el autor no puede motivarse conforme a la norma por las difíciles circunstancias en las que se encuentra y que el Derecho penal no debe exigir¹⁹⁴¹.

Como se ha mencionado, la raíz ideológica que acompaña la constitución de la organización criminal terrorista tiene ciertas diferencias con otros modelos de Derecho penal del enemigo. En otras palabras, si bien es cierto que los delitos de organización comparten similitudes en cuanto a su conformación estructural, también lo es que existen distintas clases de modelos de imputación. La inexigibilidad del artículo 454 tiene su fundamento en que no resulta posible exigir delatar a un miembro la familia¹⁹⁴². Ello se debe a que el propio sujeto se encuentra en lo que MIR PUIG denomina *situación motivacional anormal* conforme a la que no se puede exigir actuar de otra manera porque la presión para el hombre medio resulta insoportable¹⁹⁴³. Es real porque el hecho de vulnerar la administración de justicia materializada como bien jurídico tutelado en al

¹⁹³⁷ Artículo 451,1º: “Será castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniere con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1º. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio”.

¹⁹³⁸ AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad*, op. cit., págs. 144-145.

¹⁹³⁹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual*, op. cit., pág. 36.

¹⁹⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, *Criminalidad actual*, op. cit., pág. 36.

¹⁹⁴¹ CUELLO CONTRERAS Joaquín, “Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal* op. cit., pág. 144.

¹⁹⁴² LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 423.

¹⁹⁴³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 592.

título XX del CP que se traduce en el encubrimiento, no tendrá mayor valor axiológico que la libertad de un familiar. En otras palabras, ningún legislador serio contemplaría que los miembros de las familias que conforman la sociedad optarán por delatarse antes que lesionar la correcta administración de justicia. Ni siquiera en Derecho penal funcionalista el rol de persona puede extenderse a tales cuestiones. Bajo este orden de ideas sobre el “hombre medio” que estudia MIR PUIG se afirma que “(l)a exclusión de responsabilidad penal no se basa en tal caso en que el sujeto sea distinto al hombre normal al que se dirige la motivación de la norma, sino, al contrario, precisamente en que el sujeto actúa como lo haría cualquier hombre”¹⁹⁴⁴. El rol de persona ha de ser conforme a la motivación normativa más lógica y racional dentro de la sociedad comunicativa. Bajo ese esquema, nos sumamos a la idea de MIR PUIG, porque en Derecho penal funcionalista tampoco se pueden pedir tales extralimitaciones.

La cuestión, en síntesis, como hace constar HIRSCH, en casos como el de encubrimiento entre familiares, estriba en que la contundencia de la presión motivacional es de tal envergadura que el autor incurre por su actuar en una culpabilidad reducida hasta un grado que resulta intrascendente¹⁹⁴⁵, incluso en el caso de la participación en una organización de tipo terrorista.

Ahora, ello no debe dar lugar a pensar que por existir tal inexigibilidad el hecho no se encuentre prohibido, es decir, el hecho de no exigir la delación no implica que esta sea plausible normativamente hablando. El Derecho no exige heroísmo, pero en estos casos de todas maneras no quiere decir que la actuación del sujeto sea deseable para el Derecho, por ello la conducta no deja de ser antijurídica¹⁹⁴⁶.

¹⁹⁴⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 593.

¹⁹⁴⁵ HIRSCH, Hans Joachim, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Colección de Estudios, N° 6. Universidad del Externado de Colombia*, Bogotá, 1996, pág. 41.

¹⁹⁴⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 593.

CAPÍTULO XI

AUTORÍA, PARTICIPACIÓN ACTIVA Y FORMAR PARTE EN EL CONTEXTO DE LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

I.- Aproximación a la autoría en las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir

En el presente capítulo será objeto de análisis el artículo 571.2 CP español, que dispone: “Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para el empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce”.

Conforme a los elementos que aporta el artículo se habrá de establecer otro modelo de imputación que se distinga de las autorías que se han tratado en lo largo de la investigación (promover, constituir, organizar y dirigir). El propio legislador ha determinado, gracias a la fracción 2ª, formas distintas de participación. En este sentido se imputará responsabilidad a título de autor en aquellos que encuadren su conducta dentro de las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir y las demás clases de intervención serán calificadas como participación activa o formar parte de la organización/grupo terrorista.

Una vez realizadas dichas consideraciones, hemos de dar comienzo al análisis de la autoría y la participación en la conformación de una organización o grupo terrorista. El problema de la autoría implica determinar en un mismo evento delictivo, donde participan varios sujetos, quiénes responden a título de autor y quiénes al de partícipe¹⁹⁴⁷. El estudio dogmático de la intervención delictiva es un tema de distinciones. La pluralidad de sujetos que conforman un mismo injusto, y la determinación de su grado de imputación, no es un tema sencillo en materia de delitos de organización.

En este sentido, el modelo que presenta una mayor adecuación para el estudio de la actividad criminal confirmativamente organizada es el que propone el funcionalismo normativista de JAKOBS. Dicho sistema de imputación tiene sus propias y especiales características, existiendo dos esquemas de atribución: uno correspondiente a los delitos de infracción del deber y otro a los delitos de dominio, entendiéndose por los primeros aquellas conductas que se desarrollan en el seno del ejercicio de un deber específico, institucionalmente creado, y los segundos, se refieren a los cometidos dentro de la esfera de administración común del ciudadano¹⁹⁴⁸.

Bajo este esquema la regulación penal sobre la conformación de la organización terrorista habrá que suscribirse a la segunda clasificación, es decir, la del rol común que porta cada ciudadano, salvo que los intervinientes fueran funcionarios públicos. En ese caso la problemática sería trasladada a los delitos de infracción del deber institucionalmente garantizado.

A efectos de la conformación organizativa, por su propia y especial naturaleza, requiere la intervención de varios sujetos. La pluralidad de actores es el signo distintivo de la delincuencia organizada; siendo técnicamente denominado jurisprudencialmente por José Nieves LUNA CASTRO como un delito plurisubjetivo¹⁹⁴⁹. Sencillamente nadie

¹⁹⁴⁷ DONNA, Edgardo Alberto, “El concepto de autor”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal* op. cit., págs. 177-178.

¹⁹⁴⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 718.

¹⁹⁴⁹ Tribunales Colegiados de Circuito, Jurisprudencia, Septiembre 2006, DELINCUENCIA

puede concebir una organización criminal con un solo miembro; ello responde a que, conforme a LAMPE, para que exista un injusto sistémico que puede producirse desde la coautoría hasta una organización criminal internacional, se requiere por lo menos el concurso de dos personas.

Al tratarse de la intervención de varios sujetos, significa que existe una acción coordinada de las esferas organizativas¹⁹⁵⁰. Hay una planeación y administración antijurídica de los segmentos de libertad pertenecientes a cada uno de los intervinientes. Si ello se lleva a cabo de tal manera que cada uno de los sujetos otorga al injusto una contribución organizativa de la misma importancia, entonces se configura la coautoría, a menor grado de aportación de los intervinientes habrá participación que se traduce en inducción o complicidad¹⁹⁵¹. De esta manera, existen baremos que se regulan de conformidad al peso de las aportaciones, es decir, al *quatum* desautorizador de los mismos, rompiendo con la teoría del dominio del hecho desarrollada por ROXIN¹⁹⁵², modelo que ha sido ampliamente debatido en España y en América Latina debido a lo problemático que resulta en la práctica.

De esta manera, las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir, deberán de ser depuradas para obtener el peso específico del aporte de la manera más precisa posible. Inicialmente puede afirmarse que los titulares de dichas conductas han de ser autores, porque sin sus aportaciones simplemente la organización no puede nacer, ni desarrollarse. Como se vio (en el capítulo III), los modelos de imputación pueden encuadrarse en dos grupos, el primero de los cuales es integrado por promotores y constituyentes que actúan en una fase *pre-natal* de la organización: son los grandes arquitectos de la organización, sin los que no habría forma de crear ese embrión de injusto sistémico; mientras que la hipótesis de organizar y dirigir ya tiene como presupuesto la existencia del sistema aunque sea en un nivel de desarrollo rudimentario.

ORGANIZADA, NATURALEZA DEL DELITO DE. Conforme al artículo 2o. de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, la hipótesis delictiva se actualiza cuando: tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos que en diversas fracciones se precisan de manera limitativa en el propio numeral. De lo anterior se obtiene que, desde el punto de vista de la dogmática jurídica penal, el aludido delito puede clasificarse como de naturaleza plurisubjetiva, puesto que se requiere de un número mínimo de activos, que es de tres personas; de comisión alternativa, pues puede actualizarse mediante la hipótesis conductual de "organizarse, o bien, por el hecho de acordar hacerlo"; ello con la finalidad de realizar conductas que por sí mismas o unidas a otras, que regula a su vez el fin o resultado de cometer alguno o algunos de los delitos que limitativamente se precisan; por tanto, requiere de un elemento subjetivo específico (distinto del dolo), que se traduce en esa particular finalidad; además, puede clasificarse como de aquellos que la doctrina denomina "de resultado anticipado o cortado" puesto que para su configuración es irrelevante el que se logre o no la consumación, materialización, o simplemente exteriorización de las conductas que pudieran integrar a los diversos delitos que conformaren en abstracto la finalidad perseguida por la organización. Además, es sin duda un delito doloso, en donde el dolo debe abarcar el conocimiento de los aspectos objetivos y la voluntad del autor o aceptar tal integración, esto es, el saber y querer de esa pertenencia al grupo que deliberadamente se organiza o acuerda organizarse.

¹⁹⁵⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 718.

¹⁹⁵¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 718.

¹⁹⁵² Vid. ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª. edic. alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2000.

A pesar de la participación de varias personas, existe una unidad de injusto¹⁹⁵³, por ello es un sistema, es una entidad compacta, cerrada que se distingue del entorno normativo de la sociedad. No se trata de comunicaciones varias, aisladas, sino de un concierto. No obstante al distinguir entre una etapa previa a la existencia de la organización y una posterior, ¿no se invade la esfera relativa al ámbito previo?, ello en principio parece confuso, pero si se explora detenidamente se verá que precisamente como lo señala JAKOBS ejemplificando con el contrato de sociedad “(e)ste contrato no constituye, al firmarlo, negocio alguno, desde la perspectiva de las relaciones exteriores, y tampoco llega a serlo después, pero sí forma el fundamento para atribuir a los socios los negocios que después se acuerden en las relaciones exteriores” el análisis puede extenderse al injusto de sistema. La cuestión es que, precisamente para evitar la injerencia en el ámbito previo que no es sancionable, el legislador español ha adelantado la barrera de punición hasta un estadio anterior a la organización creada materialmente. En ese sentido ha considerado necesario abarcar hasta los promotores y constituyentes debido a la especial peligrosidad criminal que implican sus acciones frente a la sociedad.

El adelantamiento de la barrera de protección sirve como indicador de la importancia de los aportes prestados por los sujetos que conforman la organización. Con ello se demuestra que sus acciones son de la máxima repulsión comunicativa para la sociedad. Bajo este esquema desde el que promueve, hasta el que dirige, pasando por quien constituye y organiza, comparten el mismo nivel de imputación. Ello es patente en el texto de la ley que no ha llevado a cabo distinción entre ellos. De esta manera se buscó facilitar la atribución de responsabilidad en el momento de la imputación. Al colocarlos al mismo nivel, es más sencillo justificar el castigo y se evitan conflictos a la luz del principio de proporcionalidad.

Otra cuestión interesante conforme al ejemplo de JAKOBS sobre el contrato de sociedad radica en que en el caso de la organización terrorista, ya los actos de conformación primigenia implican una manifestación externa socialmente insoportable. Por ejemplo en el caso del promotor, este puede pensar y considerar que la vía para el cambio político es el terrorismo, y ello no tiene ninguna importancia. Sin embargo, cuando ya hay una ejecución de actos publicitarios o de captación de nuevos adeptos, el Derecho ya no puede soportar tales comportamientos y su intolerancia es legítima puesto que se han exteriorizado peligrosamente. El mismo fenómeno se presenta con las demás actividades sancionadas en el primer párrafo del artículo 571.

La autoría exige también un dolo como parte de sus componentes en materia de injusto sistémico. JAKOBS lo denomina un dolo fundamentador del tipo que va más allá de lo que es requerido para la consumación¹⁹⁵⁴. El dolo ha de abarcar en los autores la conformación de la organización criminal. Por otra parte, la voluntad orientada hacia subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública ha de entenderse como una distinta del dolo. Ello implica tener sumo cuidado al momento de explorar la atribución de responsabilidades, porque bajo este esquema, desde la promoción, hasta la dirección del injusto de sistema han de orientarse hacia las finalidades específicamente establecidas por la organización.

¹⁹⁵³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 718.

¹⁹⁵⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 723.

Los conformadores actúan como autores porque hacen suyo el delito¹⁹⁵⁵. Si la cuestión se traslada a la concepción sistémica de la sociedad, puede afirmarse que actúan como autores en el delito de organización terrorista, los sujetos titulares del mensaje comunicativo desestabilizador. En otras palabras los artífices de la inseguridad cognitiva. En cualquier caso la organización se adjudica como “suya” la estructura criminal, de tal manera que no puede aceptarse la existencia de un injusto sistémico de esta naturaleza sin que exista un titular del mismo. Sin embargo, hay una clara independencia entre miembros y sistema criminal. La estructura de la organización debe de estar más allá de las acciones concretas de sus miembros¹⁹⁵⁶. En este sentido en cada ataque terrorista consumado o intentado no se inicia y se extingue la organización, sino que permanece como obra de sus autores.

Continuando con el análisis de la autoría en la organización criminal, forzosamente habrán de convivir las acciones entre varios de los sujetos conformadores, de tal suerte que se podrá hablar de coautoría. De esta manera se toma como premisa que aquellos sujetos que actúan serán coautores, por lo menos en principio, a menos que su aportación fuese tan leve que no alcanzaren dicho rango.

La coautoría tiene una especial significación para los delitos de organización. Ello se debe a que esta forma de actuación implica una división del trabajo¹⁹⁵⁷. Sin reparto de tareas, asunción de roles, especialidad de funciones y demás elementos estructurales, no puede hablarse de empresa criminal alguna. Sin estos elementos vertebrales hablar de la organización terrorista sería tan absurdo como tratar el fenómeno aceptando su existencia sin la posesión de armas o explosivos. Ahondando en el tema, JAKOBS estima que la coautoría se compone de los siguientes elementos¹⁹⁵⁸: a) Planeación elaborada por los participantes. b) Distribución de las aportaciones para poder llevar a cabo dicho plan. c) Dicha distribución podrá ser en todos los estadios o no del delito. d) Distribución del dominio del hecho de tal manera que ello lleva a que todos los intervinientes tengan responsabilidad compartida por el hecho en su plenitud. Ello requiere necesariamente de un acuerdo previo¹⁹⁵⁹.

Como puede apreciarse, los caracteres que componen la coautoría, son idénticos a los elementos estructurales de la organización criminal, porque en el fondo, como establece LAMPE, tienen la misma naturaleza jurídica y adquieren la denominación de injusto sistémico.

Sobre la distribución, todos los miembros de una organización terrorista, deben de compartir en común los objetivos como pertenecientes al grupo, y no actuar con afán de conseguir objetivos de naturaleza individual¹⁹⁶⁰. La coautoría no implica una autoría mediata recíproca: según JAKOBS¹⁹⁶¹, ello se explica porque en el injusto de sistema los conformadores no se utilizan meramente como instrumentos, sino que comparten signos y elementos como sistema subcultural. De esta manera, los miembros de mayor importancia, como suelen ser los conformadores que generalmente -como se vio-

¹⁹⁵⁵ DONNA, Edgardo Alberto, “El concepto de autor”, op. cit., pág. 178.

¹⁹⁵⁶ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 229.

¹⁹⁵⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 745.

¹⁹⁵⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., págs. 745-746.

¹⁹⁵⁹ VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en los delitos de organización”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs*, Vol. II, op. cit., pág. 282.

¹⁹⁶⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 231.

¹⁹⁶¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 746.

adquieren papeles de liderazgo, no se instrumentalizan, sino que se complementan dentro de un mismo plan de acción.

“La decisión común del hecho es el acuerdo expreso o concluyente sobre la distribución de las aportaciones singulares a un hecho”¹⁹⁶². Ello es uno de los fundamentos de la coautoría, que puede ser perfectamente aplicable al delito que se explora. De hecho no puede entenderse el delito de organización sin la coautoría. Bajo este marco organizativo ha de regirse toda la actividad contrajurídica. Sobre la génesis de la organización como primerísima representación, necesariamente tuvo que presentarse bajo un esquema inicial neutral. Ello porque en un primer momento un grupo de personas con ideas en común debieron de reunirse en algún lugar y compartir sus pensamientos y conveniencias sobre la constitución de la propia organización criminal asignándose tareas diferentes y requiriendo distintas clases de aportación.

En la organización ocurre lo siguiente: como sucede en la coautoría, los intervinientes serán responsables por la distribución del dominio del hecho y por el resultado total de la obra siempre y cuando proceda la calificación como tales según el delito¹⁹⁶³. La autoría es importante porque el peso de la aportación es trascendental para efectos de conformación organizacional del injusto. En ese sentido son absolutamente esenciales las conductas de promover, constituir, organizar o dirigir, de tal suerte que sin ellas simplemente es imposible hablar de conformación organizacional. Por ello los sujetos que desplieguen dichas conductas han de ser considerados como autores y en su caso como coautores. Existe otra razón para considerarles como los principales artífices del injusto y ello se debe a que el *quantum* de sus aportaciones genera una mayor inseguridad cognitiva que otra clase de intervenciones. Esta clase de conductas, al pertenecer al universo conformador, implican una mayor desautorización en cuanto a vigencia de la norma se refiere, dando como resultado un grado mayor de enemistad que debe ser imputado como tal. Las aportaciones al injusto son aprovechables objetivamente por los participantes alejándose de meras consideraciones subjetivistas atribuibles a los propios conformadores. El que promueve facilita de tal manera la existencia de la organización, que implica una importante lesión a la vigencia de la norma, situación que se repite con el resto de los modelos de imputación. Por ello el legislador los ha colocado al mismo nivel de atribución de responsabilidad.

Para el estudio de la autoría en una sociedad normativizada, es necesario llevar a cabo un razonamiento determinado. Esto significa que hay que realizar una comparación entre los aportes para poder distinguir su importancia¹⁹⁶⁴. No tendrá el mismo potencial desestabilizador un sujeto que transporta en un vehículo banderas con los símbolos de cierta organización a uno que contribuye entrenando comandos de asalto. Naturalmente que este último importa una mayor fuerza y grado desestabilizador que el primer supuesto, sin despreciar el valor simbólico que tienen ciertos objetos para efectos de identidad de la propia organización. La importancia del aporte no ha de entenderse meramente como aportación fáctica, sino que ha de considerarse por el valor

¹⁹⁶² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 746.

¹⁹⁶³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 746.

¹⁹⁶⁴ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo”, op. cit., pág. 124.

comunicativo que representa para el hecho específico¹⁹⁶⁵. Al momento en el que se configura la empresa criminal, los participantes emiten un doble mensaje, uno hacia la sociedad, desautorizado la norma y su contenido que se traduce en expectativas, y otro hacia la formación del injusto, comunicando que hay conformidad con las propias expectativas del subsistema delictivo. Ello tampoco significa que, en coautoría, haya que dejar de lado la aportación objetiva al hecho¹⁹⁶⁶, sino que el mensaje comunicativo a favor de la conformación delictiva se traduce en hechos objetivamente dañosos para la sociedad.

Coautoría implica la ejecución de actos organizativos del mismo nivel de importancia¹⁹⁶⁷, situación que acontece en la organización criminal de tal suerte que el peso de las aportaciones ha de ser el mismo. La coautoría se fundamenta en organización delictiva¹⁹⁶⁸. Por ende el injusto de organización terrorista no puede estructurarse sin la participación de varios sujetos bajo un esquema común de conformación, es decir, que el injusto sistémico del artículo 571 requiere forzosamente una configuración desautorizadora a través de la coautoría. Existen determinadas acciones que siempre constituyen autoría gracias al nivel de vulneración que generan hacia la norma como modelo de orientación¹⁹⁶⁹. Desde la perspectiva que aquí se defiende, un claro ejemplo de ello se encuentra contenido en las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir una organización terrorista.

II.- Participación en el delito de organización terrorista

A) Participación activa / formar parte

En vista de que el legislador español ha establecido la participación activa como una especie de centro de imputación y no ha hecho ninguna referencia sobre sus límites, a continuación se exponen las conductas que pueden dar contenido a dicha forma de participación.

1. Afiliados y miembros activos

Después de haber realizado una breve aproximación a la problemática de la coautoría en el delito de organización terrorista, es tiempo de continuar con la exploración del segundo párrafo del artículo 571 que sanciona la participación activa así como formar parte de la organización terrorista.

El terrorismo como fenómeno delictivo, requiere para su supervivencia de la participación de otros intervinientes de tal suerte que hay conductas realizadas por sujetos que no pertenecen a la organización criminal y que sin embargo, son de gran utilidad para esta¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁶⁵ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo”, op. cit., pág. 127.

¹⁹⁶⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 731.

¹⁹⁶⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 759.

¹⁹⁶⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 759.

¹⁹⁶⁹ MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo”, op. cit., pág. 127.

¹⁹⁷⁰ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 337.

Como ha venido siendo expresado a lo largo del presente trabajo de investigación, el legislador español ha dejado enormes lagunas en el tipo penal y un claro ejemplo de ello es la atribución de responsabilidad penal por la participación activa. La problemática radica en que la norma penal, no explica, no brinda mayores elementos objetivos para su entendimiento. Bajo este esquema, por participación activa puede comprenderse prácticamente todo lo que no sea autoría. Por ello es importante delimitar primero qué se quiere decir con participación como contrapunto de la autoría en los delitos de organización.

Es literatura común el hecho de explorar la figura de la participación en relación directa con el fenómeno de la autoría. En una fórmula es posible establecer que la participación sólo concurre cuando necesariamente hay un hecho llevado a cabo por un autor de tal suerte que existe una relación de dependencia¹⁹⁷¹. Por ello el propio legislador ha buscado abarcar todo tipo de comportamiento que favorezca los móviles de la organización terrorista y entre ellos está, por supuesto, *como herramientas de conformación auxiliar* la participación activa. Como afirma LLOBET ANGLÍ, “(e)n consecuencia, una de las principales metas de la legislación antiterrorista es ahogar cualquier forma de colaboración que pueda prestarse a las actividades o finalidades de las bandas armadas, es decir, se pretende reducir al máximo su capacidad tanto logística como anímica e ideológica”¹⁹⁷². La intervención como participación activa en el injusto sistémico también ha de ser explorada a la luz del Derecho penal del enemigo. Ello forma parte también de la política legislativa antiterrorista, sin embargo, no significa que, como lo establece LLOBET ANGLÍ, el Derecho penal se extienda a los *amigos de los enemigos*¹⁹⁷³. Esta afirmación es falsa porque en funcionalismo no existe tal distinción y si se llegase a equiparar la categoría de ciudadanos con la de amigos, de todas maneras el razonamiento permanece incorrecto porque en cuanto a participación en la organización criminal, hay que comprender que dicha cuestión ya implica enemistad, por lo que bajo el esquema de la autora, habría que decir que el Derecho se extiende hasta los partícipes de los enemigos, que es de lo que se trata la fracción segunda del artículo 571.

La participación en la organización terrorista supone diferentes grados de intervención. Sin embargo, la participación no sólo ha de existir en la esfera de las comunicaciones defectuosas en Derecho penal, sino en hechos llevados a cabo conforme a Derecho¹⁹⁷⁴. La observación a pesar de su obviedad demuestra que en ocasiones el penalista, en general, se cierra completamente a otros ámbitos de la vida donde hay semejanzas con las figuras que se emplean en el estudio dogmático de los tipos de la parte especial. Bajo este esquema, existe participación en comportamientos conforme a Derecho, es decir, en conductas comunicativamente irrelevantes para el Derecho penal.

Conforme a lo que consta en el texto del artículo 571, existe un nivel de imputación distinto a los autores del primer párrafo en su calidad de conformadores cuyos aportes son esenciales para la existencia misma del injusto. El nivel inferior de intervención abarca un espectro de conductas que pueden llegar a quedar englobadas en la participación activa. Al tratarse de participación activa diferente a las actividades de

¹⁹⁷¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 709.

¹⁹⁷² LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 338.

¹⁹⁷³ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 338.

¹⁹⁷⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 709.

los autores, se muestra el segundo nivel de imputación que corresponde a sujetos cuyas aportaciones son de valor inferior para la existencia de la organización criminal pero sin dejar de ser punibles.

La participación activa ha de contener dentro de sus vectores de imputación, aquellas conductas que enriquezcan la organización pero sin que tengan la importancia de las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir, debido al peso inferior de su intervención.

Como señala LAMARCA PÉREZ, antes de la Ley 23/1976 la jurisprudencia trataba la temática del “afiliado” donde se incluían comportamientos activos tales como distribución de propaganda, cotización, proselitismo, etc.,¹⁹⁷⁵ conductas que pueden llegar a considerarse dentro del amplio margen que se abre al explorar la participación activa. En este sentido, el incremento del riesgo es, sin duda, menor en tales acciones a diferencia de lo que ocurre con las conductas que despliegan aquellos sujetos autores de la actividad conformadora. El mero afiliado es aquel que no cotiza ni asiste a las reuniones, no llega a ser miembro activo¹⁹⁷⁶. El mero afiliado no es un participante activo, sino que se circunscribe dentro de la categoría de “formar parte” de la organización terrorista.

En 1976 se introduce en la legislación la figura del “miembro activo”, que tampoco tiene mucho éxito en la labor delimitadora de las conductas especialmente frente a la figura del afiliado, de tal manera que la primera cumple características de mando subalterno o intermedio¹⁹⁷⁷.

MANZANARES adopta una concepción demasiado amplia, al entender que miembros activos son todos aquellos que no siendo directores, fundadores o presidentes, forman parte de la asociación actuando dentro de ella¹⁹⁷⁸. El criterio es semejante al emprendido por el legislador español en el caso de la participación activa.

El miembro activo ocupa una posición intermedia entre directivos y simples afiliados dando como resultado una serie de problemas que dificultan su estudio¹⁹⁷⁹. La cuestión estriba en que, al tratarse de miembro activo como potencial antecedente de la actual participación activa, se traslada una problemática de varias décadas a la actual codificación criminal. Ser miembro significa que forma parte de la organización en un nivel secundario, situación que también puede trasladarse a la participación activa en cuanto a la posición que se ocupa frente a los conformadores.

El miembro activo se diferencia frente al afiliado y al “mero individuo” en que tiene participación en las funciones de mando¹⁹⁸⁰. Por ejemplo, una vez constituida la organización, este miembro activo que es equivalente a la participación activa del moderno artículo 571, puede ser un jefe de comando urbano, o un subdirector. Sin embargo, la norma moderna al no distinguir entre afiliado y miembro activo ha de

¹⁹⁷⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 241.

¹⁹⁷⁶ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma al CP en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Colección temas penales, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1982, pág. 137.

¹⁹⁷⁷ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 241.

¹⁹⁷⁸ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980*, op. cit., pág. 137.

¹⁹⁷⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 267.

¹⁹⁸⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 268.

considerar ambas categorías en la misma “bolsa o saco de imputación” denominada ahora participación activa.

El miembro activo ocupa una posición intermedia en la organización, pero su participación no es tibia, no es más o menos activa, conforme a la opinión de GARCÍA-PABLOS DE MOLINA¹⁹⁸¹. De esta manera, según el modelo de imputación funcionalista, el peso del aporte no es tan leve como se podría llegar a pensar en un primer momento. Conforme a quien lleva a cabo las acciones consistentes en dirigir, se diferencia por motivos jerárquicos y funcionales consistentes en que es directivo pero no uno de los más importantes, tiene poder de mando pero no es *el* poder de mando, posee autoridad pero esta es derivada no originaria¹⁹⁸². Bajo estos planteamientos, el miembro activo es una especie de comandante en cuanto al nivel y grado de aportación que despliega para los fines de la organización.

Respecto a la pena que merecía el miembro activo, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA elabora un análisis que bien puede trasladarse a la actual situación del 571 y el tema del miembro activo. En cuanto a la *ratio legis* afirma que “la necesidad de incriminar unitariamente una serie de conductas que superaban en gravedad a las propias de un simple afiliado, pero que -por otra parte- no merecían o no debían merecer las severas penas previstas para los máximos directivos”¹⁹⁸³.

Para el mismo autor, la categoría del miembro activo es una herramienta ideada por la jurisprudencia para sancionar sin pasar por las penas de los máximos participantes a aquellos que de todas maneras tuvieran cierta importancia en cuanto a su intervención estableciendo tres niveles de participación, estando en el primer estadio el afiliado mismo que se agota con la mera adherencia a la organización, en un segundo nivel se encuentra el miembro activo o mandos subalternos calificados como dirigentes de segundo orden y por último los presidentes, directores y fundadores que son el nivel máximo dentro de la organización¹⁹⁸⁴. Desde nuestra perspectiva el afiliado es participante activo mientras que el “mero afiliado” no alcanza dicha categoría. El afiliado no implica simplemente unirse a las filas de la organización. En otro sentido el mero afiliado simplemente está limitado a formar parte de la organización terrorista.

MANZANARES estima que miembro activo es aquel que se mantiene en comunicación activa con la asociación y ejemplifica al decir que equivale, en religión, a la conducta de un católico practicante¹⁹⁸⁵. La cuestión con este análisis es que el autor introduce un criterio que genera una problemática mayúscula al hablar sobre una comunicación activa. Delimitar los extremos de tal concepción es aún más complejo que establecer las colindancias entre el miembro activo y las cúpulas superiores del injusto sistémico. El sujeto que sólo forma parte está por debajo del miembro activo. En otras palabras el aporte del primero es prácticamente nulo, pero punible.

Para LLOBET ANGLÍ, existe un antagonismo entre el miembro y el colaborador sin que en un sujeto se puedan concentrar ambas categorías, donde la estabilidad y permanencia son criterios atribuidos por las máximas autoridades judiciales españolas

¹⁹⁸¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 268.

¹⁹⁸² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 268.

¹⁹⁸³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 268.

¹⁹⁸⁴ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., págs. 268-269.

¹⁹⁸⁵ MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980*, op. cit., pág. 137.

como parte de los extremos en los que se comprende a los integrantes¹⁹⁸⁶. Sin embargo, como se maneja a lo largo de la doctrina en materia de organizaciones terroristas estas especies de conductas que se relacionan con la propia organización se encuentran siempre a debate.

Siguiendo los planteamientos de LLOBET ANGLÍ y de SILVA SÁNCHEZ, el miembro de la organización tiene como signos distintivo el hecho de llevar a cabo de manera permanente una serie de tareas que le otorgan estabilidad dentro de la misma, o sea, tiene un rol al interior de la estructura del injusto¹⁹⁸⁷.

La temática sobre cómo reconocer la estabilidad del rol también ha sido abordada por LLOBET ANGLÍ, quien vincula rol con “actividad continuada a favor de la banda”¹⁹⁸⁸. El problema ahora es que el rol no implica necesariamente formar parte del núcleo duro de la organización. Los roles se encuentran tanto en los autores conformadores como en la mínima participación punible, de tal suerte que por ejemplo, un colaborador esporádico puede tener intervenciones mínimas a lo largo del tiempo y ello ya le importa la asunción de un rol, aunque el valor de sus aportaciones sea episódico.

2. *Pertenencia*

La doctrina estima que la imputación del delito de pertenencia a organización terrorista puede atribuirse por medio de modelos de “proto-participación” o “pre-preparación”¹⁹⁸⁹.

El legislador español ha dejado un margen tan amplio en la participación activa, que la conducta de pertenencia, como forma de participación activa es suficiente para generar el reproche de culpabilidad. Pero incluso al sancionar el *formar parte* ha de castigarse la mera pertenencia, por ello habrá que distinguir ambas categorías. El hecho de pertenecer a agrupaciones terroristas no es cosa menor, sino que significa un conflicto frontal entre la conducta del sujeto y el modelo de orientación aceptado pacíficamente por todos los ciudadanos. El hecho de pertenecer a una de estas bandas armadas significa que para el sujeto el mundo normativo configurado por los demás participantes sociales, carece de validez y no cumple con sus expectativas personales de conducción de vida, y por ello ha de buscar un nicho –aunque sea al margen de la ley– donde pueda desarrollarse.

Para LAMARCA PÉREZ, “tras la rebelión militar del 23 de febrero del mismo año (1981), se introdujo en el CP una figura agravada de asociaciones ilícitas que sancionaba con las penas de prisión mayor y multa de 150.000 a 750.000 pesetas a las personas que pertenezcan a los grupos o bandas armadas a que se refiere la ley orgánica 11/1980 de 1 de diciembre, las que asistieren a cursos o campos de entrenamiento de los mismos y que mantuvieran relaciones de cooperación con bandas armadas o grupos terroristas extranjeros (...) se prevé por vez primera en nuestra legislación común un tipo específico para las organizaciones terroristas que, a diferencia de lo establecido

¹⁹⁸⁶ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., págs. 353-354.

¹⁹⁸⁷ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 357.

¹⁹⁸⁸ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 364.

¹⁹⁸⁹ CANCIO MELIÁ, Manuel, “El delito de pertenencia”, op. cit., pág. 309.

para las demás asociaciones ilícitas, castiga la mera pertenencia a las mismas, y que incluso se erige en título básico para la incriminación de las actividades terroristas”¹⁹⁹⁰.

El tema de la pertenencia genera una especial dificultad en cuanto a su delimitación y diferenciación con otras formas en las que el sujeto puede llegar a participar. Además que en la doctrina la “pertenencia” como tal no ha sido explorada abundantemente. Una dificultad se presenta porque los terroristas pueden realizar múltiples conductas o incluso actuar una única vez de manera individual¹⁹⁹¹.

Desde una perspectiva práctica, la pertenencia a una organización que se dedica a una actividad clandestina difícilmente habrá de constar en documentos u otros elementos donde consten los medios a través de los cuales el sujeto entrega su aporte para el bien de la organización, por lo que su acreditación para efectos penales deberá llevarse a cabo mediante la parámetros indiciarios¹⁹⁹².

La pertenencia quiere decir hecho o circunstancia de formar parte de un conjunto, como una clase, un grupo, una comunidad, una institución, etc.¹⁹⁹³. Siguiendo la línea de pensamiento de MORAL DE LA ROSA respecto a la pertenencia a la banda armada, ella implica permanencia en la agrupación, donde no deben ser superficiales las actuaciones de los miembros hacia la banda, serán acciones que estarán orientadas a beneficiar a la banda en cuanto a alcanzar los fines para los que se ha constituido¹⁹⁹⁴. Desde la perspectiva del autor, es necesaria una referencia a la temporalidad en cuanto condición de pertenencia, circunstancia que compartimos a pesar de su dificultad en cuanto a su acotamiento. La pertenencia a una banda u organización criminal no puede ser esporádica debido a que los roles que se juegan dentro de la misma requieren ser dominados con la práctica y el tiempo. La pertenencia significa arraigo en el grupo y adquisición de responsabilidades. Exploremos la manera en la que se han pronunciado algunas de las máximas autoridades jurisdiccionales del país.

La STS 556/5006, de 31 de mayo, señala que “los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes: a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de pervertir el orden democrático-constitucional. Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo”.

Aquel que pertenece o integra una banda armada puede jugar múltiples funciones, que hay que aprender a diferenciar de ciertos sujetos no activos, como menciona LAMARCA PÉREZ, quien se decanta por un criterio de intensidad para graduar

¹⁹⁹⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 226.

¹⁹⁹¹ EBILE NSEFUM, Joaquín, *El delito de terrorismo, su concepto*, op. cit., pág. 135.

¹⁹⁹² CANCIO MELIÁ, Manuel, “El delito de pertenencia”, op. cit., pág. 319.

¹⁹⁹³ *Diccionario de la lengua española*, 22^a, tomo II, pág. 1740.

¹⁹⁹⁴ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 194.

el grado de actuación de los sujetos con respecto a la agrupación y reconoce la dificultad en cuanto a su diferenciación con sujetos de baja intensidad como el mero afiliado o socio pasivo¹⁹⁹⁵. Estas últimas categorías pueden imputarse como equivalentes a *formar parte* de la organización terrorista.

Algunos autores diferencian de la siguiente manera: “(...) parece evidente que quienes actúan al servicio y quienes colaboran se diferencian de quienes pertenecen a la organización. Por otra parte, la distinción entre actuar al servicio y colaborar no plantea problemas, puesto que quien comete determinados delitos actuando al servicio de la organización colabora con ella y, asimismo el concepto de “actuar al servicio” no aparece con individualidad propia en ningún precepto. De esta forma, la distinción se reduce a la situación de miembro perteneciente y sujeto colaborador (...)”¹⁹⁹⁶.

Como ya se ha mencionado, el hecho de pertenecer o integrar implica vinculación y un arraigo temporal-funcional al interior de la organización, *a contrario sensu* de colaboradores externos o esporádicos. El hecho de pertenencia o integración a la banda también implica una posición, es decir, el sujeto se encuentra dentro de la banda en cuanto al rol que juega y no se encuentra en la periferia de los roles que ejercerán otros sujetos. Hay que llevar a cabo un análisis en cuanto a la espacialidad de los papeles a ejercer. En opinión de CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN, unos se jugarán desde adentro de la organización y otros se desarrollarán por sujetos que no se han integrado a la misma, desde fuera¹⁹⁹⁷.

En el ATS de 8 de septiembre de 2004 se afirma: “el delito de colaboración con banda armada incluye aquellas acciones que, realizadas voluntariamente con este fin facilitan cualquiera de las actividades de la organización infraestructura, comunicaciones, organización, financiación, reclutamiento, entrenamiento, transporte, propaganda, etc. y no solamente las acciones armadas”.

Otro punto de vista que arroja luz sobre esta temática se sustenta por RODRÍGUEZ RAMOS, para quien “(...) es esencial para la calificación como mero individuo de asociaciones el papel predominante pasivo de estos identificando en la sentencia anterior¹⁹⁹⁸, con la carencia de mando, mientras que la labor activa será la propia de un dirigente, siendo, por tanto, irrelevante el mayor o menor rango de éste en la asociación”¹⁹⁹⁹. El mero individuo se limita a formar parte de las filas de la organización equiparable a formar parte únicamente.

¹⁹⁹⁵ LAMARCA PÉREZ Carmen, *Tratamiento*, op. cit., págs. 240-241.

¹⁹⁹⁶ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2609.

¹⁹⁹⁷ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., págs. 2609-2610.

¹⁹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1967 “El sencillo asociado es aquel que voluntariamente se afilia o adscribe a la entidad extralegal, como hombre de filas, conociendo y aceptando los principios que le informan y comportándose como miembro disciplinado en *actitud pasiva*, por carecer de mando; el dirigente, por el contrario, integrado también en la asociación, concede a la misma su trabajo intelectual o material, de manera relevante y activa en dimensión interna o externa, para su creación, estructuración o gobierno y propagación, con la realización de los propósitos previstos en mayor o menor medida, uniendo a su dinamismo y entrega, una posición relevante o preferente dentro de la organización, con facultades dispositivas o ejecutivas propias o delegadas” en Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Libertades*, op. cit., pág. 179.

¹⁹⁹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS Luis, *Libertades*, op. cit., pág. 179.

La resolución no diferencia claramente entre sujetos pertenecientes y otros semejantes ya que más bien distingue entre el sencillo asociado y el dirigente pero a ambos los ubica integrados a la asociación, por lo que, desde nuestro punto de vista, la opinión de CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN resulta más precisa para el análisis de la temática en comento.

LAMARCA PÉREZ llega a la siguiente y muy interesante conclusión: *Integrante* puede abarcar incluso a aquel sujeto que tiene una pertenencia pasiva en la organización, pero este integrante también deberá cumplir cierta función que beneficie a la organización como cuestiones propagandísticas, asistencia a reuniones etc.²⁰⁰⁰. La *pertenencia* incluso pasiva fundamenta la imputación a título de “formar parte”. Si la pertenencia es activa, entonces habrá participación activa. El grado de enemistad no gira en torno a la posición que ocupa un sujeto en la organización sino que con el hecho de pertenecer a la banda ya ha quedado patente la oposición a la norma. Lo mismo sucede, por ejemplo, con una conducta periférica como la del sujeto que elabora y reparte propaganda subversiva; este sujeto al comulgar con las acciones de la agrupación ya genera desestabilidad; es tan opositor a la expectativa normativa tanto el sujeto que coloca la bomba en un automóvil, aquel que selecciona a la víctima, el que entrena a terroristas, o el líder ideológico.

Una radiografía breve pero útil para el tema en análisis, nos la brinda DE LA CORTE IBÁÑEZ, bajo la consideración de la existencia, naturalmente, de una estructura jerárquica y piramidal, donde en la base se encuentra el mayor número de integrantes para después encontrar sujetos que tienen funciones de supervisión de dichas bases que pertenecen a la zona central de la pirámide y en el último escaño la élite que controla a la misma y tiene como subordinados a los dos niveles inferiores²⁰⁰¹. La pertenencia como participación activa se encuentra en un nivel estructural inferior, pero los sujetos que sólo forman parte se encuentran en el “lumpen”.

Toda la gama de sujetos que ha sido mencionada anteriormente por DE LA CORTE IBÁÑEZ se encuadran en la categoría de sujetos con pertenencia o integración a la organización, así como quienes poseen derechos y que también tendrán obligaciones, como las que menciona LAMARCA PÉREZ. De esta manera, los sujetos según los estadios de la organización poseerán diferentes derechos pero obligaciones semejantes. En cuanto a su extensión, el concepto de participantes o integrantes debe englobar a todo aquel sujeto que aporte algún elemento que contribuya a la operación de la organización, desde sujetos que cooptan futuros integrantes hasta aquellos que depositan físicamente las cargas explosivas cerca de la víctima. El injusto de sistema debe ser tomado como un todo universal y así sancionado por la norma debido al grado inseguridad que genera. Cada uno de los miembros dentro de la empresa criminal juega un rol, mismo que sumado a los roles de los demás miembros constituye el escenario perfecto para la desestabilización y la producción de inseguridad.

Para agregar mayores elementos a la nebulosa que rodea el concepto de “pertenencia”, CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN, citando al Tribunal Supremo, consideran lo siguiente: “Sin embargo, la STS de 28 de junio de 2001 aporta un confuso criterio que remite a la valoración de cada caso, como reconoce la misma sentencia; según esta, la pertenencia supone un grado mayor de “comunidad” con los fines y

²⁰⁰⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 242.

²⁰⁰¹ DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica*, op. cit., pág. 283.

actividades de la banda, mientras que la mera colaboración se sitúa en un nivel bajo y periférico”²⁰⁰². En este contexto “comunidad” es signo de pertenencia. En cambio formar parte implica un grado de comunidad considerablemente inferior.

La Sentencia del Tribunal Supremo resulta problemática ya que ahora hay que comprobar el grado de comunidad con los fines y actividades de la banda. Sin embargo, hay situaciones bastante complicadas, por ejemplo la del integrante que es un fanático personal de los ideales de la banda, y sin embargo, nunca ha tomado parte en ninguna actividad. Por otro lado sucede lo mismo en el integrante que no comulga con fervor las ideas de la banda y sin embargo, posee un grado de participación trascendente en las operaciones criminales.

Desde otra perspectiva, SILVA SÁNCHEZ considera que existen dos clases de miembros que conforman las organizaciones criminales. Para este autor, se puede distinguir entre pertenencia pasiva y pertenencia activa y en consecuencia la primera especie no deberá dar lugar a responsabilidad²⁰⁰³. No compartimos las ideas del maestro citado en su totalidad. Bajo este modelo la pertenencia pasiva equivaldría a *formar parte* pero sí debe dar lugar a responsabilidad estatal contrafáctica. No puede haber pertenencia en sistemas criminales organizados que sea impune. En el mismo sentido la pertenencia activa equivale a la participación activa punible indiscutiblemente.

Conforme al modelo de transferencia²⁰⁰⁴ desarrollado por SILVA SÁNCHEZ, al unirse a las filas de la organización, se da un fenómeno de adhesión o pertenencia en sentido estricto del sujeto con el injusto sistémico²⁰⁰⁵.

La pertenencia también ha sido equiparada con otra figura que es la “integración” y que a la vez se diferencian de la colaboración. Así se pone de manifiesto en la siguiente resolución:

La STS 2ª, de 28 de junio de 2001, señala que “la condición de integración o pertenencia a banda armada, supone una “comunidad” más fuerte y nuclear con los pretendidos fines y actividad de la banda que la mera colaboración, que sitúa su ayuda a un nivel más bajo y periférico, debiendo encontrarse en cada caso, y en atención a las concretas circunstancias el límite divisorio entre la pertenencia y la colaboración”. En este sentido pertenencia y colaboración son participación activa. Mera colaboración implica únicamente *formar parte*.

Para CANCIO MELIÁ, la conducta del sujeto al adquirir el status de integrante comete, entonces, un delito de mera actividad²⁰⁰⁶. La integración aunque en un principio pudiera aparentar que tiene un rango menor en la participación activa, no es así.

²⁰⁰² CORDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2610.

²⁰⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención?”, op. cit., pág. 1087.

²⁰⁰⁴ “Ocurre, sin embargo, que con independencia de la reacción contra la propia organización, mediante su disolución, se produce también una transferencia de responsabilidad (cada uno de) sus miembros, por el “ser” de la organización. Ello constituye un expediente de imputación individual de un hecho colectivo no fácil de fundamentar; puesto que el miembro concreto de la organización (a diferencia de los directores) en absoluto domina la peligrosidad de esta (sino en todo caso a la inversa), en Jesús María SILVA SÁNCHEZ, “¿Pertenencia o intervención?”, op. cit., pág. 1080.

²⁰⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención?”, op. cit., pág. 1080.

²⁰⁰⁶ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 209.

Volviendo a la pertenencia, LLOBET ANGLÍ introduce un criterio de temporalidad que es interesante, independientemente que aporte o no, mayor claridad al debate en cuestión. Para la autora, en caso de llevarse a cabo un acto de colaboración y de este se desprenda que a pesar de ser aislado, en el pasado el mismo sujeto ya había llevado a cabo otros actos de la misma naturaleza, entonces la aportación ya no es esporádica y por lo tanto hay pertenencia²⁰⁰⁷. El problema de la intervención en materia de terrorismo organizativo es que introducir parámetros temporales y otorgarles tanta importancia conduce, de nuevo, a una nebulosa insalvable, porque entonces la temporalidad debe ser determinada normativamente, es decir, que el legislador debe introducir esquemas de tiempo para distinguir entre las distintas figuras de intervención.

Por ejemplo, un sujeto presta su vehículo para ocultar a un miembro que es perseguido por la policía cuando va de camino al aeropuerto puesto que se va a vivir a América Latina; diez años después regresa y ahora presta su casa para la filmación de un comunicado de la banda, ¿son diez años suficientes para considerar que dos actos aislados separados por dicho espectro temporal fundamentan la pertenencia?, en verdad se antoja complicado. Más bien, en nuestra opinión, lo que ocurre es que son dos actos de colaboración separados.

La autora reconoce dicha dificultad y sugiere entonces que se atienda a la casuística particular debido a las complicaciones que implica tal criterio temporal²⁰⁰⁸ solución que es lugar común dentro de la doctrina. En caso de duda, habrá de aplicar el tipo de colaboración en lugar del de pertenencia, en opinión de LLOBET ANGLÍ²⁰⁰⁹.

3. Actuación al servicio y colaboración/cooperación

En la actualidad existen en la discusión científica una interesante variedad de conductas relativas a prestar servicio o colaborar con las organizaciones terroristas. Se llevó a cabo, ante ello, la elaboración de un tipo específico para los actos de colaboración con la banda armada²⁰¹⁰. Esta disposición demuestra una vez más que las normas de Derecho penal del enemigo son tan necesarias como el resto del universo normativo. Este es un claro ejemplo que prevé una sanción importante sin que se requiera la ejecución de los actos terroristas, situación que representa un adelantamiento de la punibilidad en atención a la evidente peligrosidad que implica actuar al servicio o colaborar con agrupaciones de naturaleza terrorista.

La actuación al servicio, ha sido poco estudiada por la doctrina y la jurisprudencia debido a su carencia de aplicación en la vida práctica²⁰¹¹. Ello pareciera ser sorprendente porque comúnmente suele imaginarse que las organizaciones criminales han de tener una serie de sujetos que trabajan para ellos.

Efectivamente la actuación al servicio implica una retribución económica por una labor realizada que se traduce especialmente en el trabajo desempeñando por sicarios, es decir, asesinos a sueldo²⁰¹². La temática o incluso lo que en Colombia se ha

²⁰⁰⁷ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 365.

²⁰⁰⁸ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 365.

²⁰⁰⁹ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 366.

²⁰¹⁰ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 250.

²⁰¹¹ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 370.

²⁰¹² LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág.

denominado el fenómeno del *sicariato*, en Europa no ha tenido un fuerte impacto. Lo anterior se debe a que para el florecimiento de los asesinos a sueldo tenga éxito, se requiere un profundo nivel de corrupción institucional y un importante grado de descomposición social. Sin embargo, los llamados comandos *Kale Borroka* o terrorismo de baja intensidad son reflejo de la utilización de sicarios por parte de las organizaciones terroristas en España.

La actuación al servicio en organizaciones criminales, tradicionalmente ha formado parte de las constelaciones de casos relativos a problemas de mafia y actualmente de narcotráfico. En países de Europa como Italia existe el fenómeno y se encuentra ampliamente documentado, mientras que en América Latina el problema se encuentra presente en naciones como Venezuela, Brasil, Colombia, y México donde actualmente el fenómeno se ha desbordado y las actuaciones de matones al servicio de organizaciones criminales son el pan de cada día tanto en las regiones apartadas como en las grandes ciudades. El fenómeno del sicariato ha sido considerado como una forma de terrorismo²⁰¹³, por la naturaleza comunicativa y desestabilizadora derivada de la propia naturaleza del delito.

Ello significa que una forma de participación, aunque sea periférica, también tiene importantes efectos desestabilizadores, de tal manera que el componente de inseguridad que aporta la actuación al servicio por medio de asesinatos a sueldo, también es una forma de terrorismo que claramente altera la seguridad cognitiva y el orden público. Sin embargo, a pesar de estos componentes, la actuación al servicio no forma parte de las conductas nucleares de la organización criminal, a pesar de la importantísima labor que juegan para el cumplimiento de ciertos fines abyectos de gran valor para la organización.

Dogmáticamente la doctrina considera que la actuación al servicio, se encuentra ubicada al mismo nivel de importancia que la colaboración, ello debido a que su actuación es esporádica²⁰¹⁴. Sin embargo, consideramos que dicho razonamiento es absolutamente relativo, sobre todo desde un punto de vista práctico, porque dependiendo de las condiciones particulares de la organización terrorista, habrá de emplearse en mayor o menor medida a los sujetos encargados de actuar al servicio.

Otro problema que presenta la actuación al servicio, como una categoría mediada por lo económico es que existen infinidad de conductas de colaboración que mediante retribución podrían llegar a incluirse dentro de la actuación al servicio. Por ejemplo, pagar a alguien para que distribuya propaganda terrorista.

En otro orden de ideas, LAMARCA PÉREZ opina que, conforme a la antigua redacción del artículo 175, los actos de colaboración deben ser “idóneos o adecuados

²⁰¹³ “Violencia y astucia entran en juego con motivo de la delincuencia organizada. Si el narcotráfico echa mano del engaño reclutar agentes o distribuir –“lavar”, en la jerga acostrumbada-sus rendimientos económicos, también hace uso de la más desenfadada –y a veces refinada-violencia para intimidar a sus opositores o perseguidores, o “sancionar” a quienes pretenden abandonar sus filas o favorecer las investigaciones administrativas y judiciales. Por su parte, el terrorismo cometido por grupos organizados constituye un claro ejemplo de la violencia más arrasadora; precisamente en eso consiste el terrorismo: empleo de violencia-aunque puede haber siembra de terror por otros medios-pata intimidar a la comunidad y ejercer presión sobre las estructuras de gobierno”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ, *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 2.

²⁰¹⁴ LLOBET ANGLÍ, Marion, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 371.

para el favorecimiento considerado delictivo”²⁰¹⁵. Para CÓRDOBA RODA y GARCÍA ARÁN, la diferencia recae en el peso de la aportación que hace el sujeto a todo el grupo criminal, y que no tiene la dedicación permanente que sí posee el miembro perteneciente²⁰¹⁶.

En cuanto a la posición como externo / no externo a la organización, tiene un interesante punto de vista GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, al considerar que el colaborador se encuentra fuera, como un extraño a la organización, y por ende sus acciones serán de tipo accesorio y superficial²⁰¹⁷. Un punto de vista opuesto es el de CANCIO MELIÁ, para quien el hecho de actuar en colaboración o actuar al servicio, requiere de un vínculo directo con el grupo y su estrategia de operación²⁰¹⁸.

En cuanto a si el colaborador o el prestador de servicio debe de ser *intraneus* o *extraneus*, CANCIO MELIÁ no hace pronunciamiento alguno. La situación se complica al momento de tratar de delimitar el concepto de *relación directa* o *vínculo*. La relación directa se establece en el momento en el que el *extraneus* es cooptado por un miembro de la banda cualquiera que sea su rango o posición. Esto se debe a que la organización es un todo, es un universo, y por ello si la entidad antijurídica recibe por medio de cualquiera de sus brazos a un colaborador, entonces ya existe la relación directa. La vinculación en comento se puede dar desde cualquier escalafón de la organización hacia afuera. La agrupación criminal es semejante a al cuerpo humano; la entidad es una y posee extremidades que pueden atraer hacia si a otros elementos, esto sin importar qué extremidad se utiliza, lo relevante es la vinculación desde la organización hacia afuera. En resumen, la relación con cualquier miembro de la agrupación es suficiente para establecer la relación directa. Pero este análisis nos presenta una nueva problemática, la de definir el grado de vinculación que debe de haber para que el vínculo se considere como tal y no como un contacto irrelevante y esporádico.

CÓRDOBA RODA / GARCÍA ARÁN llegan a la siguiente conclusión: “En resumen, mientras la pertenencia al grupo indica integración en la organización como aportación permanente de las actividades a la actividad organizativa, la actuación al servicio o en colaboración indica una actuación episódica y sin integración permanente”²⁰¹⁹.

No obstante, el artículo 571 no establece en qué consisten los actos de colaboración o de participación activa. Por otra parte, en el artículo 576.2, párrafo primero, del CP se muestra un catálogo de conductas que son consideradas por el legislador español como actos de colaboración, al disponer: “Son actos de colaboración la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones; la construcción, el acondicionamiento, la cesión o la utilización de alojamientos o depósitos; la ocultación o traslado de personas vinculadas a organizaciones o grupos terroristas; la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, y en general, cualquier otra forma equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas organizaciones o grupos terroristas”.

²⁰¹⁵ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 251.

²⁰¹⁶ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial* op. cit., pág. 2610.

²⁰¹⁷ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 274.

²⁰¹⁸ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Delitos contra el orden público”, op. cit., pág. 1388.

²⁰¹⁹ CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al CP parte especial*, op. cit., pág. 2610.

CANCIO MELIÁ, estima que la redacción del artículo es demasiado amplia y que abarca cualquier contacto o aportación material que se haga a la organización²⁰²⁰.

Bajo el tenor de esta temática, LAMARCA PÉREZ considera que el legislador ha tomado cartas en el asunto considerando punibles acciones periféricas como la colaboración²⁰²¹, situación que demuestra el nivel desestabilizador de dichas acciones.

Conforme a la STS 800/2006, de 13 de julio, “(...) el delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista exige que la aportación sea objetivamente relevante, pero no que como consecuencia de ella se alcance el éxito pretendido. Es decir, basta que la acción sea potencialmente eficaz. Pero también es necesario que se describa suficientemente cuál es el acto de colaboración, sin imprecisiones ni vaguedades”.

Desde nuestra perspectiva, las conductas periféricas pueden consistir casi en cualquier tipo de conducta que se vincule con el terrorismo ya que conforme al artículo 576, cabe dentro del mismo cualquier clase de acción. El interés del legislador español se ve reflejado en la búsqueda de elementos legislativos que abarquen la mayor cantidad de conductas accesorias o periféricas que constituyen actos de terrorismo, y dichas conductas se pueden sucintamente determinar como aquellas que representan cooperación con las agrupaciones criminales²⁰²².

Las conductas periféricas tienen la finalidad de alimentar la actividad antijurídica de la organización, situación que es sancionada contundentemente por la norma. De la misma manera, así como las acciones son tangenciales, también los realizadores de dichas actividades deberán de encontrarse en la periferia de la organización, esto desde el punto de vista de MORAL DE LA ROSA²⁰²³. ¿O para este autor las conductas contenidas en los artículos 571 a 574 del CP sólo pueden ser cometidas por miembros internos de la banda? Este criterio no lo compartimos en absoluto, debido a que la calidad de *intrañeus* o *extraneus* no depende de la tipificación de la conducta, sino del rol y las funciones que se desempeñan desde dentro y desde fuera de la organización. Si seguimos este razonamiento, avalaremos una diferenciación entre el colaborador del 571 y el del 576 que refiere textualmente en el apartado número 2 las conductas de colaboración y si esto es así, entonces alguna de las dos categorías (la de colaborador del 571 o la del 576) sale sobrando.

No existe, en realidad, una diferencia entre *intrañeus* y *extraneus*, debido a lo siguiente; el hecho de participar aunque fuera accesoriamente con la banda terrorista, forzosamente, genera una vinculación. Las organizaciones criminales terroristas, narcotraficantes, tratantes de personas, traficantes de armas, arte, órganos, animales, etc., no son “clubes sociales” a los que se pueda entrar y salir con absoluta libertad. Por el contrario, dichas figuras delictivas se caracterizan por ser sistemas sumamente cerrados, herméticos respecto a sus miembros y al hecho de poder formar parte de sus filas. Bajo esta tónica cualquier persona que participe con la agrupación queda automáticamente comprometida y formará parte de la misma. Esto sucede desde el

²⁰²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., pág. 237.

²⁰²¹ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 197.

²⁰²² LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 198.

²⁰²³ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 214.

sicario que localiza al objetivo hasta el líder ideológico de la banda y demás posiciones de liderazgo.

Hay que subrayar que dichas acciones no son individuales en cuanto a sujetos, sino que forman parte del injusto realizado por la organización entendida ésta como entidad jurídica universal. El sujeto, al participar y aceptar ayudar a la organización, ya desde ese momento está violentado la obligación de cumplir con su rol de ciudadano y está facilitando la creación de un riesgo para la colectividad. Por ello es que la diferenciación entre *extraneus* e *intraneus* no resulta determinante en materia de defraudación del rol. No es viable considerar como actitud de persona en derecho, la circunstancia de coadyuvar aunque fuese mínimamente con una agrupación terrorista, aquí no hay términos intermedios; o se es parte de la agrupación o no se es.

Como se ha podido constatar, el artículo 576 que tipifica las conductas de colaboración también se encuentra con los mismos problemas que el artículo 571 en cuanto a la figura de la colaboración o servicio.

En cuanto a la naturaleza de la colaboración, MORAL DE LA ROSA opina que la colaboración ha de ser de tipo material, separándola muy bien de otro tipo de conductas como la colaboración moral que pertenece a otro tipo²⁰²⁴. La colaboración material es la que posee un mayor poder desestabilizador debido a que alimenta las entrañas de la organización y demuestra la efectividad de la misma. No se debe olvidar que nos encontramos ante un injusto sistémico, una entidad universal diferente. Bajo la misma pauta opina DE FIGUEIREDO DÍAS al analizar la tesis de ROXIN acerca de la organización como una unidad funcional separada de sus integrantes²⁰²⁵.

El hecho de ser miembro de la organización criminal o colaborar con ella es un ejemplo del modelo de Derecho penal del enemigo, en palabras de SILVA SÁNCHEZ²⁰²⁶. Para este mismo autor existe una diferencia entre miembros y colaboradores externos como categorías diferenciadas²⁰²⁷.

La aportación hacia la organización terrorista puede darse desde sus adentros o fuera de éstos. Para LAMARCA PÉREZ, la cooperación consiste en llevar a cabo conductas favorecedoras al desarrollo de la organización antes o después de su conformación²⁰²⁸. Implica una participación que puede llegar a extenderse hasta los autores conformadores (promover, constituir, organizar o dirigir) pero naturalmente el aporte a tales labores conformadoras del injusto ha de ser considerablemente menor.

²⁰²⁴ MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos*, op. cit., pág. 221. El artículo de referencia dice lo siguiente: Artículo 578: El enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión de los delitos comprendidos en los artículos 571 a 577 de este Código o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menos precio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares se castigará con pena de prisión de uno a dos años(...). “*Los actos de colaboración se reducen a una colaboración material, pues la colaboración psicológica que resulta de la apología sólo es punible como forma de provocación*” (cursivas añadidas) Vid. José Antonio CHOCLÁN MONTALVO, *La organización criminal*, op. cit., pág. 44.

²⁰²⁵ DE FIGUEIREDO DÍAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la delincuencia organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLA (eds.), *Delincuencia organizada*, op. cit., pág. 103.

²⁰²⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertinencia o intervención?”, op. cit., págs. 1071-1072.

²⁰²⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertinencia o intervención?”, op. cit., pág. 1071.

²⁰²⁸ LAMARCA PÉREZ, Carmen, *Tratamiento*, op. cit., pág. 244.

Conforme al Auto de la Audiencia Nacional, de 8 de febrero de 2001, RJ (2001/169063), que cita CAPITA REMEZAL, son considerados actos de colaboración²⁰²⁹:

“1. Realizar actividades propias de la infraestructura material de la organización terrorista, tales como alquilar pisos o locales para ser utilizados por los integrantes de la organización o alquilar o facilitar vehículos para el uso de la banda armada o de sus miembros.

2. Realizar actividades propias de la infraestructura organizativa de la organización terrorista, tales como servir de “buzón”, transmitir mensajes e, incluso, reivindicar ante los medios de comunicación las acciones cometidas.

3. Realizar actividades propias de la infraestructura informativa de la organización terrorista, como sucede cuando se realizan observaciones y vigilancias sobre personas, edificios o instalaciones.

4. Poner a disposición de la organización terrorista medios materiales o conocimientos técnicos, como se ha apreciado, por ejemplo, en las conductas de entrega de copias de documentos de identidad, cartulinas o permisos de conducir en blanco, informar sobre matrículas y también en la construcción de un “zulo” o asesorar en materia de telecomunicaciones.

5. Desarrollar actividades que fortalezcan la estructura delictiva de la organización terrorista, buscando o reclutando personas que se integren en la organización.

6. Desarrollar actividades que favorezcan los fines que persigue la organización terrorista como repartir propaganda política de la organización.

7. Prestar cobijo asistencia u otros servicios a los miembros de la organización, acogiéndoles en el propio domicilio, trasladándoles a un lugar seguro, facilitar su entrada o salida clandestina de España, proporcionarles dinero o avisar de la existencia de una acción policial en curso.

Por el contrario, no se ha apreciado la existencia de colaboración en la realización de los siguientes actos:

1. El mero conocimiento o trato con personas integradas en el grupo armado.

2. La realización de actos de asistencia ejecutados en cumplimiento de un deber profesional.

3. Visitar a un militante huido, facilitándole comida y alimentos

4. Corroborar las informaciones que ya poseía la organización.

²⁰²⁹ CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis*, op. cit., págs. 138-139.

Además, para que exista el delito de colaboración con banda armada, no basta con realizar cualquiera de los actos objetivos anteriormente descritos. También es preciso que estos se ejecuten teniendo el sujeto conciencia del favorecimiento que su acción supone para los fines o actividades de la organización terrorista o sus miembros, así como la finalidad perseguida por tal acto de favorecimiento”

La colaboración, para MAESTRE DELGADO, implica una participación externa mientras que las acciones cometidas por los miembros de la organización entran dentro de la categoría de la pertenencia a la organización delictiva²⁰³⁰. Sin embargo, a pesar de aceptar que la colaboración implica un origen “extraño” a la propia organización, existen conductas mencionadas en el Auto anteriormente transcrito que consideramos pueden llegar a poner en duda su exclusiva pertenencia a las acciones de colaboración ya que hacen frontera directa con los actos de conformación a nivel de autoría. Un ejemplo de ello es el reclutamiento.

El tipo de colaboración con la banda armada, como tipo autónomo es sólo para aquellos sujetos que no forman parte de la organización en forma orgánica²⁰³¹, sin embargo, también en este sentido hay acciones de colaboración conforme al Auto transcrito que difícilmente pueden entenderse sin que el sujeto forme parte de las entrañas de la propia organización como pueden ser las actividades informativas hacia la misma.

La cuestión es que la jurisprudencia española es rica en su búsqueda de delimitar la participación especialmente en el caso de la colaboración. No obstante sería posible afirmar que hipotéticamente en la práctica hay que atender caso por caso para llegar a ciertas soluciones. Naturalmente este planteamiento debe ser rechazado puesto que el peso del aporte debe ser el criterio que permita hacer las diferenciaciones. La suma de las aportaciones será lo que de cuerpo a la colaboración en conjunto con la organización terrorista.

La colaboración no implica asunción de funciones *predeterminadas* por la organización²⁰³². Se trata, entonces, de la ejecución de ciertas conductas que son requeridas de manera espontánea durante la vida del injusto sistémico. En otras palabras, puede afirmarse que la colaboración se va configurando “sobre la marcha” de la propia organización terrorista.

En vista de que se puede llevar a cabo un paralelismo entre la organización criminal y la empresa comercial (circunstancia que en este trabajo se ha defendido), LLOBET ANGLÍ estima que, así como en la empresa existen distintas clases de trabajadores, también en la organización terrorista existen diferentes tipos de intervinientes, de tal suerte que la autora propone distinguir entre las siguientes especies de intervinientes: colaborador-miembro de tiempo completo, colaborador-miembro tiempo parcial y colaborador-no miembro²⁰³³. El problema con dicha distinción es que en realidad no resuelve el problema de fondo y tampoco establece con claridad una línea divisoria entre estas tres clases de colaboración, sino que sólo resuelve una cuestión

²⁰³⁰ MAESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pág. 202.

²⁰³¹ MAESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista*, op. cit., pág. 205.

²⁰³² LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 358.

²⁰³³ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 360.

denominativa al establecer como presupuesto que todas las formas de intervención en la organización terrorista son formas de colaboración.

El tema del aporte al injusto sigue siendo una constante al determinar el grado de imputación. Representa la forma menos compleja para delimitar las esferas de participación y su responsabilidad. De esta manera hay una importante diferencia entre mayores actos de favorecimiento y la colaboración ocasional²⁰³⁴.

A modo de síntesis, el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia se ha esforzado a lo largo de los años por delimitar con la máxima claridad posible las categorías que hoy se denominan participación activa y formar parte de la organización terrorista. En este sentido pueden elaborarse dos grandes grupos clasificatorios con el ánimo de brindar un aporte clarificador a la cuestión:

a) La participación activa comprende los siguientes estatus:

1. Afiliados
2. Miembros activos
3. Sujetos con actividad permanente
4. Pertenencia
5. Colaboración

b) Formar parte:

1. Mero afiliado
2. Miembro inactivo
3. Mera pertenencia
4. Socio pasivo
5. Mero individuo

B) Participación activa, formar parte e imputación objetiva en el seno de la organización terrorista

La cuestión que aquí interesa es determinar hasta qué punto un comportamiento puede formar parte de la neutralidad o pasar a ser considerado como generador de un riesgo jurídicamente desaprobado. Para ello hay que partir del presupuesto de una sociedad que es consciente de los riesgos que implica la convivencia cotidiana. La imputación objetiva ha de analizarse a la luz de los parámetros de una sociedad

²⁰³⁴ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 360.

específicamente desarrollada²⁰³⁵. De esta manera la cuestión relativa a los extremos que comprenden el resultado de la participación activa en la organización terrorista, han de explorarse dentro de los parámetros de la moderna sociedad de riesgos en la que estas organizaciones contribuyen desestabilizando. El contexto social, entonces, es fundamental para la comprensión de los vectores de los que se compone la imputación objetiva y sus criterios²⁰³⁶. En este ambiente es en el que ha de explorarse la participación como una figura de naturaleza accesoria²⁰³⁷.

Lo que de antemano ha de tenerse por sentado es que en la sociedad actual, por más riesgos que se encuentren presentes al momento de generarse la multiplicidad de contactos sociales, es un hecho que la participación activa en la organización terrorista ha de tenerse por desaprobada debido a que excede, por mucho, los riesgos socialmente tolerados. Ello tiene su razón de ser y puede ilustrarse a manera de ejemplo; JAKOBS afirma que del grado de desarrollo de la sociedad dependerá la clase de tolerancia a los riesgos que se asuman como tolerables, de tal suerte que en una sociedad tecnificada habrán de asumirse el coste riesgoso que la ciencia y la tecnología implican, por ejemplo²⁰³⁸.

Bajo el esquema ejemplificativo precedente, ha de afirmarse que -como ANTAKI- que la democracia es un modelo que trae problemas y ello no significa estar en contra de ella. La democracia al partir de un principio de igualdad genera cuestionamientos a quien ostenta el poder y como se ha visto, el poder es el vehículo comunicativo de la política. En una sociedad que es democrática habrá que asumir riesgos, porque la propia naturaleza de libertades que implica la democracia es, en sí, generadora de riesgos. De esta manera a mayor grado de libertades, mayor asunción de riesgos. Pero la cuestión de la tolerancia de los mismos tiene un límite que empieza con la participación activa, (como grado menor de aportación al injusto sistémico), en la organización criminal terrorista, de tal suerte que por más democrática y libre que sea una sociedad, esta no podrá soportar la participación ciudadana en organizaciones terroristas. En síntesis, el mayor grado de democratización de una sociedad no es factor de tolerancia frente a la conformación de aparatos delictivos sistematizados.

La imputación objetiva ha de jugar al rededor del sistema de imputación que dimana de la teoría del rol²⁰³⁹. El papel de ciudadano se ha extralimitado al participar activamente en el injusto sistémico. Ello tiene su fundamento en el sistema de expectativas, de forma que la sociedad ha estimado como riesgo inaceptable el hecho de participar activamente o incluso formar parte en la conformación de la organización criminal.

²⁰³⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996, pág. 93.

²⁰³⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 93.

²⁰³⁷ Vid. Enrique PEÑARANDA RAMOS, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990.

²⁰³⁸ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 93.

²⁰³⁹ “Con lo dicho creo que queda claro lo que es objetivo en la imputación objetiva del comportamiento: se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de un rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta en atención a personas”, en Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 97.

JAKOBS estima, que en el universo de los delitos dolosos, existe coincidencia entre lo objetivo que es el rol y su extralimitación sobre el mismo, y las consideraciones cognitivas que forman parte de lo subjetivo²⁰⁴⁰. De esta manera así como en un homicidio el que apuñala a otro sabe que lleva a cabo un comportamiento de asesino y al mismo tiempo sabe que lo hace, aunque sólo sea trascendente el primero de estos factores para la imputación²⁰⁴¹. Este esquema es fácilmente trasladable a la participación en la organización criminal ya que al participar se exceden los límites del rol de ciudadano para asumir una postura de enemidad y se sabe de antemano que ello es antijurídico.

Lo trascendente en la participación activa es que conforme a la sociedad actual, es sencillo saber que coadyuvar con una organización terrorista es duramente sancionable por la ley. Sin embargo, lo que realmente importa es que al negar el rol de ciudadano y participar criminalmente, se asume un papel de enemigo en Derecho penal funcionalista. El *estatus* de enemigo que se traduce en la participación activa o formar parte es imputable objetivamente.

“Sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse *en un sentido general “acción”*. Por consiguiente, desde el punto de vista del Derecho penal, no se plantea la cuestión acerca de si una acción se ha producido de manera objetivamente imputable, sino si un suceso, por ser objetivamente imputable, constituye una acción jurídico-penalmente relevante”²⁰⁴². De esta manera la participación activa/formar parte es una acción que se ha desarrollado objetivamente y es imputable.

El riesgo permitido como otro de los vectores de la imputación objetiva ha de ser determinado por la sociedad y al darse este proceso, entonces ha de ser un parámetro objetivo-normativo. El Derecho será el indicador que ilustre los comportamientos que ya no se encuentran tolerados por la peligrosidad concreta o abstracta que generan²⁰⁴³. De esta forma, conforme al apartado número 2 del artículo 571, la participación activa/formar parte, con toda la multiplicidad de conductas que puedan llegar a comprender, implica un riesgo desaprobado de tal magnitud que incluso genera un adelantamiento de la barrera de protección. En este sentido, a pesar de que las aportaciones sean de menor entidad con relación a los autores conformadores (promover, constituir, organizar o dirigir), siguen siendo desestabilizadoras de manera importante, de tal manera que la peligrosidad ha de ser posible de determinarse concreta y objetivamente.

La participación activa/formar parte implica la vulneración al rol común de persona en Derecho. Desde una perspectiva negativa, así como la norma exige *no matar, no lesionar, no robar* etc., este *no* implica el lado negativo del rol²⁰⁴⁴. Este lado negativo es el contrapunto a los derechos, es decir, los deberes negativos. De esta manera la participación activa/formar parte vulnera la norma “no aportar elementos de configuración en beneficio de la organización terrorista” o en otras palabras “no alterar el orden público con la participación activa o formar parte”.

²⁰⁴⁰ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 98.

²⁰⁴¹ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 98-99.

²⁰⁴² JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 100.

²⁰⁴³ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 125.

²⁰⁴⁴ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 148.

La participación implica distribución de labores para lograr un fin común de tal suerte que cada uno de los intervinientes aporta algo²⁰⁴⁵. De esta manera las acciones consistentes en afiliación, actividad positiva, pertenencia, actuación al servicio, colaboración y cooperación, han de implicar una aportación que puede englobarse como participación activa. Lo mismo sucede con las actividades que configuran las actividades de formar parte.

La participación activa/formar parte implican necesariamente una expresión de sentido. A través de esta se expresa un grado de rechazo a la sociedad y de apoyo a la nueva configuración antijurídica que se traduce en el injusto de sistema. De esta manera habrá de dejarse de lado las concepciones naturalistas que consideran a la participación dentro del universo de los delitos de propia mano para comprender la figura en el seno de la expresión de sentido delictivo²⁰⁴⁶.

La cuestión parece desde el punto de vista teórico bastante asequible, pero en una situación práctica la expresión de sentido tendrá una directa relación con la naturaleza de la conducta que se despliega. Esto quiere decir que modernamente es inevitable hablar acerca de las “conductas neutrales” que tienen importantes implicaciones para la temática de la participación activa/formar parte en la organización terrorista. En una pregunta ¿hasta dónde una conducta de participación/formar parte es socialmente correcta? Además la norma no establece, en el caso del 571, ninguna referencia para tratar de delimitar lo que se quiere decir con participación activa/formar parte. Existen casos como el que examina MIRÓ LLINARES, en el que un sujeto realiza un comportamiento neutral *ex ante* teniendo conocimientos de que de alguna manera se coadyuva en el entorno delictivo²⁰⁴⁷.

Para ROBLES PLANAS, las conductas neutrales se componen de un elemento objetivo relativo al rol y uno subjetivo que consiste en el conocimiento sobre la dañosidad social que la conducta puede producir²⁰⁴⁸. En ejemplo, se puede imaginar un supuesto en el que un sujeto participa en un contrato de arrendamiento con otro a sabiendas que ha de utilizar el inmueble como casa de seguridad para la celebración de asambleas de un grupo separatista. En otro caso, un poseedor de maquinaria para imprenta, permite su uso con conocimiento de que se imprimirá propaganda terrorista. Un químico vende precursores para la elaboración de explosivos, días antes de las elecciones presidenciales, a un grupo sospechoso. ¿Estas acciones pueden ser imputables como acciones de participación activa o incluso de formar parte?

Las conductas de esta naturaleza tienen una ambivalencia de manera que aparentemente contienen matices delictivos y no delictivos al mismo tiempo²⁰⁴⁹. Sin embargo, estas conductas por mayores tintes delictivos que pudieran poseer, siguen

²⁰⁴⁵ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 149.

²⁰⁴⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 153.

²⁰⁴⁷ “De este tipo de casos es el que he elegido, el de la mujer que, con conocimiento, “ayuda” a su compañero terrorista lavándole la ropa que él trae y entre la que se encuentra el secuestrado”. *Vid.* Fernando MIRÓ LLINARES, “Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)” en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) / Samuel RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles?*, op. cit., págs. 260 y ss.

²⁰⁴⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 33.

²⁰⁴⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 38.

estando dentro del ámbito de organización del rol y por ende no han de ser consideradas como delictivas. La cuestión es que el rol, como se ha explorado en este trabajo, tiene una función de garantía, de tal suerte que el ciudadano ha de tener como parámetro que el ejercicio del rol en el momento social que le corresponde ha de generarle seguridad frente a su actuar ante la sociedad. Técnicamente el fenómeno normativo descrito se denomina como prohibición de regreso.

Sistemáticamente, la cuestión de las conductas neutrales, así como la de los conocimientos especiales, han de alejarse de toda consideración subjetivista. Sólo tiene relevancia penal aquello que trasciende objetivamente. El rol es una institución objetiva. El tema de las conductas neutrales así como la del peligro, han de ser estudiadas en el tipo objetivo²⁰⁵⁰.

La cuestión sobre el límite a la punición de la conducta del participante ha de encontrar ciertos derroteros diferenciados de las conductas neutrales. “Por ello, en realidad lo relevante no es si una conducta puede ser calificada como neutral o no (...) sino si la parte objetiva de los tipos de participación alcanza o no a las conductas “neutrales” o “cotidianas”. Y esta, obviamente, es una pregunta por la extensión de la participación punible en el delito o, si se quiere, por los contornos de la relevancia jurídico-penal de los riesgos de participación”²⁰⁵¹. La cuestión por la que es relevante sólo lo objetivo es porque en delitos de organización como en el caso del terrorismo sistémico, el adelantamiento de la barrera de punición implica un elevado coste para quien la sufre; por ello el aporte de inseguridad que se genera ha de ser demostrable y constatable objetivamente. Resultaría altamente peligroso que un adelantamiento se justificara en motivos subjetivos (por ejemplo, conocimientos especiales), por lo que en Derecho penal del enemigo como se ha defendido en este trabajo, el límite frente al adelantamiento es lo interno.

ROBLES PLANAS lo resume como la cuestión sobre encontrar las limitantes a la libertad de organización²⁰⁵².

La cuestión de la participación ha de ser analizada a la luz del llamado “injusto de participación” conforme al que la participación implica una extensión de la punibilidad; es una ampliación porque los tipos de la parte especial son cometidos por los autores únicamente, y ello parte de la teoría que diferencia entre las actuaciones de autores y las de partícipes, es decir, un esquema restrictivo sobre el concepto de autor²⁰⁵³.

Para JAKOBS, como lo explica ROBLES PLANAS, el partícipe ha de vulnerar el objeto de protección a través del autor y por medio de su aportación al hecho se le puede imputar también como un hecho delictivo propio²⁰⁵⁴. Esta situación se observa con claridad en los delitos de organización debido a que el partícipe activo contribuye a la conformación de la organización criminal. En un ejemplo, si un escultor ha dado la mayor parte de la forma a una pieza de arte, pero también contribuye con martillazos

²⁰⁵⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 72.

²⁰⁵¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 75.

²⁰⁵² ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 75.

²⁰⁵³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 118.

²⁰⁵⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 129.

otro sujeto, también él ha ayudado a la existencia final de la obra. El reparto de las labores de organización en la participación se extiende hasta la propia tentativa²⁰⁵⁵.

Sobre el reparto del trabajo, JAKOBS estima que la participación implica una organización conjunta a través del quebrantamiento del rol y ello no de forma aislada, sino actuando en una misma obra²⁰⁵⁶. De esta manera la obra que se ha de realizar requiere necesariamente de las multicitadas aportaciones. Será a partir del inicio de la tentativa, como generadora de peligro, que el Derecho penal ha de tener interés para intervenir²⁰⁵⁷.

El hecho del partícipe que no actúa de propia mano se imputa por su aportación en el ámbito previo a la ejecución del delito²⁰⁵⁸. De esta manera la aportación, para diferenciarla de los comportamientos neutrales, ha de ser delictiva en sí misma. Por ello, y para evitar la impunidad, el legislador español ha establecido la participación activa/formar parte como intervención punible en la conformación de la organización terrorista.

ROBLES PLANAS estima que para hacer distinciones en materia de participación hay que separar dos situaciones diferentes: una consiste en actuación directa por parte del sujeto, y otra en la que hay una interacción con el hecho típico, y sólo en la segunda hipótesis se puede hablar de intervención²⁰⁵⁹. De esta manera, el contacto directo con el injusto ha de ser suficiente para fundamentar autoría, mientras que en el otro caso, que el autor llama “interacción” será la sede de la participación.

Para tener un modelo de atribución de responsabilidades en la organización criminal, ha de atenderse a lo que PEÑARANDA RAMOS denomina “sistema unitario de participación”, que es adoptado por JAKOBS y que hunde sus raíces en los planteamientos de los *hegelianos*, dicho modelo se refiere a la asunción de responsabilidad por el hecho común, situación que implica, que un sujeto utilice a otro como instrumento de su voluntad²⁰⁶⁰. A través de ese sistema, los sujetos que intervienen realizan un segmento del hecho delictivo que finalmente da cuerpo al correspondiente delito en su totalidad y que es el modelo adoptado por la legislación española²⁰⁶¹.

Ello es el común denominador en las estructuras criminales, de tal suerte que en el caso del 571, por ejemplo, el dirigente de la organización ha de servirse de las acciones que lleven a cabo aquellos sujetos que ejecutan una participación activa. En el mismo sentido al nivel de partícipes, entre ellos han de servirse los unos a los otros. De esta manera todos los sujetos actúan ordenadamente. Se habla de “cooperar a la producción” o “actividad común” entre los miembros intervinientes²⁰⁶².

²⁰⁵⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., págs. 760-761.

²⁰⁵⁶ JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., págs. 148-149.

²⁰⁵⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 160.

²⁰⁵⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 129-130, en el mismo sentido Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit., pág. 149.

²⁰⁵⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 148.

²⁰⁶⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 153-154.

²⁰⁶¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 323.

²⁰⁶² ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 154.

La aportación de los intervinientes ha de ser objetiva, orientada hacia una finalidad determinada como exteriorización de un modelo opuesto a la norma²⁰⁶³. De esta manera la actividad desplegada en la participación activa ha de ir orientada hacia una contribución para la conformación o mejoramiento de la organización criminal. En este sentido será necesaria la conciencia y manifestación objetiva hacia los elementos subjetivos del injusto como lo son subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

“Si la imputación supone la atribución de un hecho a un sujeto como su obra, también deberá ser así cuando un hecho está conformado por la voluntad de varias personas. La imputación no puede, entonces, individualizarse sin perderse la concreta configuración del *hecho* como unión de aportaciones encaminadas a un fin común. Si se determinara que un hecho fruto de la unión de varias voluntades pertenece sólo a un sujeto, se le estaría atribuyendo a su voluntad algo que le es en parte ajeno”²⁰⁶⁴.

Se examina la existencia de una “pertenecía común del hecho” mediante la que dicha “conconfiguración” existe por una relación de sentido de tal manera que todas las intervenciones son requisitos que dan forma objetivamente a esa entidad “intervención en algo” y por ende es obra de todas las aportaciones²⁰⁶⁵. De esta manera en el contexto de una organización terrorista, las aportaciones de cada uno de los autores y participantes activos/formar parte han de constituir la forma corporal (abstractamente hablando) del injusto sistémico de tal suerte que al final del día la organización terrorista ha de pertenecer tanto a autores como a participantes activos y demás integrantes en conjunto.

En opinión de ROBLES PLANAS, cooperadores e inductores también poseen una porción del delito, naturalmente inferior a la de los autores²⁰⁶⁶: “La equiparación punitiva entre autoría, inducción y cooperación necesaria sólo es un argumento añadido para demostrar que el hecho también pertenece a los partícipes ya que, si bien es cierto que el legislador ha previsto una atenuación obligatoria de la pena en la complicidad, ello no obsta a que estructuralmente exista un tratamiento idéntico para todas las formas de participación”²⁰⁶⁷. En otras palabras aunque la lesión a la vigencia de la norma sea diferente, es verdad que conforme a la forma del injusto sistémico las figuras de participación son las mismas.

Es importante establecer, aunque sea algo obvio, que el objeto de imputación tanto para los autores como para los partícipes es el mismo, es decir, el hecho típico en su ejecución²⁰⁶⁸.

El principio de autorresponsabilidad implica en palabras muy breves que cada uno ha de responder por las decisiones que haya tomado. Cada sujeto en sociedad tendrá la obligación de afrontar las consecuencias del ejercicio de su libertad en cuanto a la administración de su esfera de organización. Esto quiere decir que las personas sólo han de ser responsables por aquello que les incumbe y no por las actuaciones de terceros.

²⁰⁶³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 154.

²⁰⁶⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 155.

²⁰⁶⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 157.

²⁰⁶⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 159.

²⁰⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 159.

²⁰⁶⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 161.

El tema radica en dilucidar sobre qué es aquello por lo que se ha de responder²⁰⁶⁹. Naturalmente será por lo que se actúa, pero por actuar habrá que pensar alejándose de concepciones naturalistas para comprender la actuación incluso como la ejecución de algo a través de un tercero²⁰⁷⁰. De esta manera volvemos, desde la perspectiva sistémica, a observar a la organización terrorista como un entramado comunicativo donde frecuentemente ocurre un fenómeno de ejecución de injustos por medio de otros compartiendo responsabilidades aunque sean imputadas de forma distinta.

El alejamiento del naturalismo y la adopción de un firme normativismo permiten conjuntar pacíficamente tanto la concepción de la responsabilidad por los propios hechos con las acciones de otros sujetos igualmente autorresponsables²⁰⁷¹.

Conforme al modelo de transferencia de SILVA SÁNCHEZ, el injusto sistémico que representa la organización genera que por su conformación la responsabilidad sea transmitida a cada uno de los intervinientes²⁰⁷². Es una especie de efecto cascada originada por la concretización de una entidad distinta a los intervinientes, pero de la que se ha de responder. LLOBET ANGLÍ estima que al adherirse los sujetos a la organización no se requiere que lleven a cabo ninguna conducta activa o de cooperación²⁰⁷³. La cuestión es que la propia adherencia (formar parte) a la organización terrorista implica una autoexclusión potestativa y la asunción de un estado de enemistad frente a la sociedad, por lo que la situación no es tan simple como parece, sino que tiene importantes implicaciones en el contexto de una sociedad normativizada. Como paradigma de la mencionada afiliación son aquellos sujetos que forman parte del injusto. Ahora, desde un punto de vista práctico se antoja realmente complicado que una persona se sume a una organización terrorista (y los miembros se lo permitan con todos los riesgos que ello implica para la propia salud de la organización) y no asuma ningún rol que sea objetivamente relevante. Por ello la terminología empleada por el legislador al establecer la punibilidad de aquellos que “formen parte” es inadecuada y confusa.

LLOBET ANGLÍ estima de manera crítica que basta con la “disposición” para intervenir en los delitos fin para que se justifique la punición, de tal suerte que para la autora se justifica la sanción sobre aquellos participantes meramente formales²⁰⁷⁴. Sin embargo, esta postura carece de un sustrato objetivo sólido y vuelve, una vez más, a tener una carga subjetivista demasiado fuerte. Esta concepción de la teoría de la transferencia de responsabilidad vincula peligrosamente una de las penas más contundentes de la codificación española, con psicologismos insoportables. En materia de terrorismo y sobre todo en aquellos tipos donde se prevea, por sus especiales características, un adelantamiento de la punibilidad, no hay cabida para subjetivismos, sino que únicamente se podrá justificar la intervención delictiva a través del despliegue de conductas objetivas.

La literatura emplea como método de posible solución al problema de la atribución de responsabilidad el llamado *modelo de responsabilidad por el hecho*

²⁰⁶⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 163.

²⁰⁷⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 164.

²⁰⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 164.

²⁰⁷² LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 344.

²⁰⁷³ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 344.

²⁰⁷⁴ LLOBET ANGLÍ, Marionna, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 345.

propio conforme al que se establecen diferentes grados de colaboración y de aportaciones que habrán de imputarse de forma distinta; sin embargo, como señala LLOBET ANGLÍ, aunque a todos los involucrados se les pueda imputar objetivamente su intervención, el monto de la pena tendrá que variar necesariamente en razón al grado de importancia que haya tenido su aportación la cual se traduce en la peligrosidad en conjunto que nutre a la organización a través de las aportaciones de cada sujeto²⁰⁷⁵.

El partícipe no tiene por qué llevar a cabo en sí mismo todos los elementos de la conducta típica, porque si ello fuese así entonces perdería su categoría y adquiriría la de autor²⁰⁷⁶, sino que debe limitarse a una propia aportación con un intenso contenido nutritivo para el injusto que se configura.

La teoría del modelo de responsabilidad por el hecho propio a fin de cuentas ha de regresar a centrarse sobre el valor de las aportaciones individuales que van dando forma a la organización criminal. De esta manera habrá que enfocar la mirada hacia el valor de los distintos roles que han de jugar los partícipes en la conformación del propio injusto de sistema.

En opinión de LLOBET ANGLÍ, (...) existen dos niveles de análisis: mientras el primero fundamenta la responsabilidad, el segundo valora el grado de peligrosidad de cada conducta de colaboración, es decir, el monto de la sanción. De este modo, la aportación que contribuye por sí misma a la propia existencia de la organización es distinta y más intensa de aquella otra que sólo favorece la comisión de delitos al poder usarse en cualquier momento. Así la pena debería ajustarse según la cantidad de ayuda aportada²⁰⁷⁷.

Sin embargo, el legislador español ha tomado otro camino como se aprecia en el tratamiento del terrorismo conforme al artículo 571, porque ha estimado, debido a la intolerancia hacia la organización terrorista, que incluso las aportaciones de menor entidad como la participación activa, o incluso, el simple hecho de formar parte justifican el adelantamiento de la barrera de protección. Ello es congruente con la asunción del *status* de enemistad que se adquiere al contribuir activamente en la organización y por ende al excluirse de la sociedad. De esta manera, no hay que esperar a que los actos de participación activa culminen en atentados que se ejecuten a través de la organización ya conformada, sino que basta con la colaboración/participación (y sus aportaciones) orientada hacia esos fines para que se active el mecanismo contrafáctico del adelantamiento. Es suficiente con formar parte, suscribirse a la organización.

Esta situación, que entraña cierta complejidad debido al grado de abstracción que representa, tiene consecuencias que van más allá del mero análisis del fenómeno organizativo; la cuestión afecta a las bases mismas de la teoría general del delito y en particular a los esquemas tradicionales de la imputación objetiva. Con esta afirmación se plantea la necesidad de un *verdadero y profundo cambio de paradigma* que gira en torno a los riesgos tolerados y al principio de confianza, vectores de la imputación objetiva que son tremendamente rebasados por los delitos de configuración organizativa. De esta manera en el CP español, a partir del artículo 571, existe un

²⁰⁷⁵ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., págs. 347-348.

²⁰⁷⁶ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 336.

²⁰⁷⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 348.

Derecho penal excepcional para el tratamiento de esos riesgos exageradamente intolerables que no es otra cosa que un sistema de Derecho penal del enemigo incorporado a la normativa criminal vigente.

La cuestión central en el cambio de paradigma radica en que la legislación ya ha reconocido, en cuanto a su existencia, las normas de Derecho penal del enemigo, pero no se ha avocado a la elaboración de una nueva concepción sobre el Derecho penal a través de estas normas. Por ello la doctrina que suele ser crítica con este sistema de Derecho de emergencia no acepta sus postulados con facilidad.

La problemática concreta de la autoría y la participación en las organizaciones criminales como un problema dogmático, ha sido reconocido por ZUGALDÍA ESPINAR, porque la propia configuración del Derecho penal está orientada hacia el análisis del delito cometido por un autor individual y una víctima en particular²⁰⁷⁸. Por lo que el Derecho penal, ante las necesidades de la realidad conforme a la que en la actualidad las verdaderas amenazas a los Estados son las organizaciones criminales, tiene que mirar la problemática de la criminalidad organizada desde una nueva perspectiva en cuanto a intervención se refiere.

La argumentación que ha buscado desarrollarse hasta ahora ha puesto de manifiesto que el sujeto al intervenir de manera accesorio ante el hecho principal, emite un mensaje comunicativo desautorizador. Ello se fundamenta en que el interviniente demuestra una comunidad de ideas con el autor y por ende decide participar manifestándolo objetivamente. El partícipe por medio de su conducta hace suyo el evento delictivo²⁰⁷⁹.

Volviendo a la relación entre participación e imputación objetiva, ROBLES PLANAS, sumándose a la opinión de MIR PUIG, estima que existen dos niveles de análisis sobre la conducta dentro de los esquemas de la imputación objetiva, mismos que consisten en establecer un vínculo entre la conducta desplegada y el riesgo, así como el estudio sobre si la conducta contiene los elementos para ser atribuible a título de autoría, sin embargo, el primer autor estima que dicho criterio ha de ser extendido no sólo a los autores sino a todos los intervinientes²⁰⁸⁰. Este razonamiento es acertado, debido a que no existe ninguna razón para dejar fuera de la jugada a intervinientes que pueden llegar a tener una participación fundamental en el delito, situación que se puede subrayar en el estudio de los delitos de organización. En otras palabras, en cuanto a la participación en la organización terrorista, es evidente que quienes asumen un rol de esa naturaleza (el de participante) generan un aumento en la fuerza de la organización lo que implica un incremento en el riesgo a través de su conducta. Al fortalecer el injusto se fortalece la inseguridad cognitiva y se desestabiliza a la sociedad.

ZUGALDÍA ESPINAR establece tres niveles de imputación y tres grados diferentes en cuanto a la intensidad de la problemática, de tal suerte que la responsabilidad ha de ser determinada conforme a: a) La responsabilidad de los subordinados. b) La

²⁰⁷⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación II”, en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (dir.) / María Rosa MORENO-TORRES HERRERA (coord.), *Fundamentos de Derecho penal, parte general, incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP*, 4ª. edic., Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 429.

²⁰⁷⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 182.

²⁰⁸⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 219.

responsabilidad de mandos intermedios. c) La responsabilidad penal del jefe. Sobre el inciso a) la responsabilidad es atribuida porque son los subordinados los que terminan siendo el último eslabón de la cadena delictiva, en b) se refiere a aquellos que tienen poder de organización sobre los subordinados y en c) es donde se presenta la mayor problemática. Después de un análisis sobre la distribución de la responsabilidad aprovechando la estructura de la organización, el autor concluye que bajo determinadas características todos han de responder como autores²⁰⁸¹.

Los intervinientes han de constituirse en una “posición especial por el riesgo” y, una vez que se haya demostrado ello, entonces la participación ha de ser punible²⁰⁸². La demostración naturalmente habrá de realizarse por medio de parámetros estrictamente objetivos. De esta manera, conforme a la redacción del artículo 571, la participación activa ha de ser delimitada antes que nada para ver cuáles son las conductas que pueden suscribirse dentro de dicho riesgo que se encuentra desautorizado. Para poder depurar elsto e incluso el riesgo mismo que no se tolera, habrá que acudir necesariamente a la teoría del rol social y al sistema de expectativas de cada sociedad. Así como lo propone ROBLES PLANAS: la relación ya no es entre interviniente y autor, sino entre interviniente y hecho²⁰⁸³. Esta situación tiene una directa relación con el concepto de accesoriedad en la participación.

Bajo este esquema la accesoriedad ha de entenderse como el vínculo de cada interviniente con el hecho de tal suerte que el sujeto que interviene “accede al delito” con la salvedad de que su conducta pueda ser imputada objetivamente y naturalmente no se encuentre dentro de una causa de justificación²⁰⁸⁴. Concebir la accesoriedad como una puerta de entrada a la asunción del injusto, dota a la teoría de la intervención delictiva de un nuevo matiz para su análisis, de tal suerte que sobre la relación entre el hecho y el partícipe “esa relación, si se quiere puede seguir denominándose accesoriedad, pero ahora en un sentido distinto: en el sentido de las condiciones mínimas que debe presentar toda conducta para poder acceder al contenido de injusto del hecho. Accesoriedad no evoca un concepto secundario, dependiente, sino una idea primaria: posibilidad de imputación, acceso”²⁰⁸⁵.

Comprendiendo la accesoriedad como una forma en la que el interviniente entra en la totalidad del injusto, abre una ventana muy interesante para la reflexión en el seno de la organización terrorista. Ello significa que la intervención ha de requerir de una cuota de inseguridad cognitiva lo suficientemente fuerte para que el Derecho penal tenga legitimidad en su intervención a través de la figura del incremento del riesgo. También quiere decir que el interviniente a través del peso de su aporte ha de circunscribirse dentro del perímetro de las conductas pertenecientes al Derecho penal del enemigo y ha hecho suyo el injusto porque ha entrado, involucrándose con el mismo.

El interviniente al tener acceso a un sistema de injusto donde, tanto dogmática como criminológica y socialmente se está ante un clima tendiente a la desestabilización social, dota al aporte de un *plus* de enemistad. Ello quiere decir que las aportaciones que

²⁰⁸¹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación II”, op. cit., págs. 430-431.

²⁰⁸² ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 219.

²⁰⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 220.

²⁰⁸⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 220.

²⁰⁸⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 221.

se hagan a los sistemas de injusto y en particular a la organización terrorista, habrán de colorearse con las tonalidades de la máxima inseguridad cognitiva. Un ejemplo puede ser más clarificador; un asesinato constituye una de las conductas de mayor entidad en cuanto a penalidad se refiere, pero será aún mayor en el caso de un homicidio cometido en el seno de una organización terrorista. Este fenómeno se presenta debido a que gracias al especial contenido desestabilizador del delito cometido bajo las directrices del injusto sistémico, el Estado habrá de afianzar la expectativa defraudada con mayor contundencia. En el caso de la participación activa sucede lo mismo; no tendrá el mismo sentido una aportación que se presta para un fraude por títulos de crédito que la aportación dada a un sistema de enemistad como lo es la organización terrorista donde, inevitablemente, la intervención habrá de teñirse de enemistad. La temática que se describe es acreditable a través del incremento del riesgo como vector de imputación objetiva.

III.- Nociones sobre inducción y complicidad en la organización terrorista

A) Inducción

Aunque parezca más que evidente, en estos breves comentarios que se elaborarán a continuación no será posible abarcar la totalidad de los elementos que compone las categorías de la inducción y complicidad. Solamente se llevará a cabo una aproximación a la problemática de dichas categorías dentro del esquema del incremento del riesgo como elemento esencial de la moderna concepción de la imputación objetiva aplicado a la intervención en la organización terrorista.

El artículo 28 del CP señala que son considerados como autores “los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo y los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado”.

Nos sumamos a la posición de MIR PUIG que considera a la inducción como una especie material de participación a pesar de que sea sancionada a nivel de autoría conforme a la norma²⁰⁸⁶. La inducción implica una intervención venciendo la esfera psíquica de otro que será influenciado de tal manera que cometerá una conducta antijurídica. Este fenómeno puede descomponerse en dos grandes elementos. El primero implica la producción de una resolución criminal en el inducido y el segundo se refiere a la realización de ese tipo penal en autoría²⁰⁸⁷.

La inducción se diferencia de la coautoría en el sentido que el inductor no tiene participación en dominio del hecho, sino que sólo hay una determinación hacia la comisión del delito²⁰⁸⁸. Dentro de la teoría de la participación, en la inducción sólo puede tratarse de aportes en el seno de lo psicológico y no de lo físico²⁰⁸⁹.

La determinación a participar en una organización criminal puede ser influenciada por la fuerza psicológica de un sujeto hacia otro por lo menos en un primer nivel de análisis. La determinación psicológica ha de tener un grado importante de

²⁰⁸⁶ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 403.

²⁰⁸⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 403.

²⁰⁸⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 739.

²⁰⁸⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 246.

influencia de tal manera que no basta con una mención tal como “ve y únete a la banda terrorista”, sino que la determinación que será la influencia de un sujeto hacia otro ha de generar una presión irresistible para el inducido. En otras palabras, no basta una mera provocación a incorporarse al sistema terrorista.

JAKOBS reconoce la dificultad sobre el concepto “determina” en cuanto a su definición, sin embargo, la resume como “quien crea una oportunidad a cuya tentación sucumbe otro, según lo esperado, y por eso se concibe el dolo de un delito (...)”²⁰⁹⁰. Esta definición abre la puerta para plantear la siguiente pregunta ¿es posible inducir a alguien a participar activamente en una organización o grupo criminal? En un primer momento se antoja complicado, por que un sujeto que nunca se ha planteado dicha posibilidad difícilmente podrá ser “tentado y vencido” por la presión psicológica de otro para que se integre a las filas de una agrupación terrorista.

Sin embargo, dentro de la división funcional que tienen los distintos roles que se juegan al interior del subsistema criminal, hay quien se encarga de tratar de provocar dolosamente que sujetos externos pasen a formar parte de las filas de la organización. Dichas funciones pueden ser atribuidas al promotor o al organizador, por ejemplo. No obstante, al tratarse de un tema de Derecho penal del enemigo, el inducido, salvo casos excepcionales de fundamentalistas o situaciones semejantes, no tendrá interés en unirse a la organización y lo que es más importante es que por tratarse de Derecho penal del enemigo, el sujeto que interviene ha de saber que su conducta se orientará hacia subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

En el caso, por ejemplo, del terrorismo religioso²⁰⁹¹, la cuestión puede llegar a ser diferente por el ofrecimiento de una recompensa a cambio de la comisión de ciertos actos como puede llegar a ser unirse a la organización a cambio de la salvación y entrada en el paraíso eterno. Sobre la recompensa se pronuncia JAKOBS afirmativamente como un ejemplo donde es posible la inducción²⁰⁹². De esta manera el inductor ha de participar en el hecho del autor material, de tal suerte que el inductor determina al autor del delito de *conformación de banda terrorista* a que se una a la misma. Es interesante como el dolo de la determinación ha de abarcar hasta una oposición frontal al sistema de expectativas, es decir, que el dolo habrá de colocar al inducido en las antípodas normativas de la sociedad, en el antinormativismo absoluto que implican los injustos que se tratan en la teoría del Derecho penal especialmente asegurativo. En síntesis, el inductor ha de tener *dolo de enemistad*, ha de buscar con su influjo psicológico que el sujeto se aparte completamente de la sociedad, es decir, se autoexcluya.

La forma en la que se lleva a cabo la inducción suele ser a través de la comunicación verbal. JAKOBS considera que los medios para inducir abarcan desde comunicaciones libres de engaño hasta medios de autoría mediata²⁰⁹³. En la práctica la comunicación hablada o escrita suele ser el vehículo usual, lo que abre un espacio para la reflexión en relación con los delitos de habla.

²⁰⁹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 804.

²⁰⁹¹ *Vid.* página 39 de este trabajo.

²⁰⁹² “Se promete al autor una recompensa si configura el hecho, merced a la recompensa, se ejecuta el hecho; o bien al autor que se ofrece espontáneamente, decidido con la condición de que se le otorgue una recompensa, se le promete tal recompensa; en ambos casos inducción, porque el autor no concebiría su dolo, ni perseveraría en él, si el que influye no quisiera el hecho”, en Günther JAKOBS, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 806.

²⁰⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 806.

La palabra hablada y escrita es considerada no sólo como un medio típico a través del cual se puede inducir a un sujeto a la comisión de un delito, sino que representa uno de los medios más usuales para llevar a cabo conductas delictivas²⁰⁹⁴. Dichas formas de comunicación son las más utilizadas, incluso en materia de delitos de organización. La propaganda terrorista de cierta manera alienta, cuando no lo hace directamente, a unirse a un proyecto nuevo, a un cambio mediado siempre por la violencia institucionalizada.

La inducción, en términos de la adhesión a la organización terrorista, implica la transmisión de un mensaje comunicativamente relevante para el Derecho, en el sentido de que el proyecto psicológico que se transmite del inductor al inducido ha de traducirse objetivamente en la producción de inseguridad cognitiva. Por ejemplo, una inducción masiva a un grupo de estudiantes que se unen a una organización terrorista. Pero incluso la inducción no masiva también es generadora de inseguridad cognitiva. Una sociedad no puede acceder a la seguridad (orden público) si sabe que hay miembros que se unen continuamente a las filas de la organización criminal.

El valor de las palabras y del lenguaje, juega, entonces, un papel trascendente en las constelaciones de casos de inducción. La expresión oral, como lo afirma la literatura especializada, es un medio no sólo de comisión de delitos, sino también una forma de intervención en los mismos²⁰⁹⁵.

Mediante la inducción se puede intervenir en la comisión de todas las conductas contenidas en el catálogo de la parte especial del CP²⁰⁹⁶. De tal suerte que sí es posible la inducción a participar activamente en la organización terrorista.

La cuestión de la inducción lleva a la interesante problemática de los actos locutorios y su relevancia para el Derecho penal. En materia de intervención en la organización criminal es importante establecer hasta donde ha de llegar la inducción verbal para que sea sancionada criminalmente. La palabra hablada tiene un importante sentido comunicativo por lo que respecta a la *determinación* en el delito de conformación de organización terrorista. La inducción es un acto de habla, y por ende puede entenderse como una expresión comunicativa cargada de simbolismo y potencialmente comprensible²⁰⁹⁷.

La cuestión es que la manifestación, como lo señala KERN, posee un componente intelectual que es el sentido mismo que se diferencia del medio de manifestación, que son las palabras, de tal suerte que las palabras son la forma de la expresión²⁰⁹⁸. No se ha de sancionar la inducción a la organización criminal por lo que se dice *en sí*, sino por lo que representa ello, que es una oposición directa a la norma como modelo de orientación social. De esta manera se pone de manifiesto que las palabras tienen un

²⁰⁹⁴ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., pág. 62.

²⁰⁹⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., pág. 62.

²⁰⁹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., pág. 63.

²⁰⁹⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., pág. 70.

²⁰⁹⁸ KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, traducción de Conrado A FINZI, Depalma, Buenos Aires, 1967, pág. 11.

sentido objetivo²⁰⁹⁹, que trasciende a lo social. En la inducción a integrar la organización criminal de cualquier forma, hay una coincidencia con el ánimo subjetivo del inductor y lo objetivo que representan las palabras que dan forma a la inducción. Esta coincidencia entre lo objetivo y lo subjetivo no resulta para nada extraña²¹⁰⁰.

Si ello es así, entonces el inductor al determinar al otro a que, por ejemplo, contribuya activamente en la conformación del injusto de sistema, ha de emitir un mensaje opuesto al sistema de expectativas, o sea, puede haber *inducción a enemistad* de tal suerte que se busque que el inducido adquiera el *status* de enemigo. La palabra, entonces, también puede ser un vehículo comunicativo de importante efectividad para el engrosamiento de los pilares que sostienen a las organizaciones terroristas. El dolo del inductor ha de abarcar el *status* de enemigo. La palabra implica una forma de actuar²¹⁰¹ y así como se actúa en Derecho penal del enemigo, *también se puede hablar en Derecho penal del enemigo*. Ello no quiere decir que los delitos que se cometan a través de las palabras deban de ser criminalizados con un Derecho penal tan contundente, pero han de castigarse severamente aquellos actos de habla que induzcan a la comisión de delitos pertenecientes al Derecho penal de especial aseguramiento.

Debido al conocimiento de la posición en la que se habrá de sumergir al inducido, es para reflexionar si es posible la inducción a la participación activa o a la conformación de una organización criminal a través de la inducción en cadena. La problemática principal es que al transmitirse el mismo mensaje por medio de diferentes emisores y receptores, este, como entidad cargada de sentido vaya perdiendo su fuerza.

La inducción en cadena es conocida como “inducción a la inducción al hecho principal”²¹⁰². La cuestión es que comunicativamente el mensaje debe de permanecer lo más fiel a la realidad desde el primer inductor hasta el último inducido. Una vez superada dicha cuestión no existe realmente motivo alguno para no considerar que sea viable la inducción en cadena en terrorismo organizado.

B) Complicidad

El cómplice realiza aportaciones al hecho principal permitiendo que se alcance con mayor éxito el resultado²¹⁰³.

El CP español señala, en su artículo 29, que “son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos”.

La complicidad tiene importantes repercusiones, sobre todo, en la temática relativa a la contribución fáctica al evento delictivo, lo que la doctrina comúnmente llama “causalidad de la complicidad”. Sin embargo, antes de sumergirse en esas cuestiones es importante mencionar que conforme a la doctrina, el Código distingue

²⁰⁹⁹ KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, op. cit., pág. 12.

²¹⁰⁰ KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, op. cit., pág. 12.

²¹⁰¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., pág. 72.

²¹⁰² JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 739.

²¹⁰³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general, Vol. II, teoría general del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009, pág. 303.

entre dos tipos cooperadores conforme al artículo transcrito, mismos que se denominan cooperador necesario y cómplice, cuya delimitación es realmente problemática en la práctica y que de ello depende la sanción a título de autor o en un grado menor²¹⁰⁴.

La cooperación necesaria significa que la aportación es tan importante que sin esta la ejecución del delito no se hubiera podido presentar²¹⁰⁵. Se denomina también aportación irremplazable²¹⁰⁶.

La cooperación necesaria, se refiere naturalmente a un grado de aportación mayor de la cual depende, en sí, la existencia del hecho en conjunto. Específicamente parte de la doctrina considera que la cooperación ha de referirse a la producción del resultado, así mismo se atienden a criterios como la teoría de los bienes escasos, desarrollada por GIMBERNAT ORDEIG, para determinar la importancia de la intervención²¹⁰⁷.

El problema esencial que debe responderse es lo que se entiende por necesidad en la cooperación²¹⁰⁸. Este problema es de gran relevancia para poder determinar el grado de importancia en cuanto a las aportaciones que se llevan a cabo a favor de la conformación de la organización criminal. Sobre todo, debido a que, con la redacción actual del artículo 571, que obliga al estudio de las macroorganizaciones criminales y por ende los elementos contenidos en el art. 570.1, incisos primero y segundo, del CP español es necesario saber delimitar la importancia de tales elementos que se aportan.

Bajo el esquema del injusto de sistema observado como una entidad poseedora de distintos grados jerárquicos, los llamados “mandos intermedios” pueden responder como autores, cooperadores necesarios o inductores²¹⁰⁹. Para poder delimitar el título de responsabilidad, habrá que atender a la importancia en la aportación que se ejecute y la influencia en la configuración del hecho delictivo.

La cooperación necesaria es una complicidad con mayor valor en términos cuantitativos que se equipara con la autoría²¹¹⁰. De esta manera, en lenguaje funcionalista, es posible afirmar que esta forma de participación, decimos participación aunque se sancione como autoría²¹¹¹, implica una expresión de sentido con un contenido lesivo para la norma que es más grave que la complicidad en sentido estricto. Al coadyuvar con eficacia a través de una aportación de gran valor para el injusto, se demuestra un mayor grado de oposición frente a la norma.

²¹⁰⁴ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 408.

²¹⁰⁵ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Libro I título II, de las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) /Agustín JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 172.

²¹⁰⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 813.

²¹⁰⁷ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 409.

²¹⁰⁸ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 411.

²¹⁰⁹ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación II”, op. cit., pág. 430.

²¹¹⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 304.

²¹¹¹ La cooperación necesaria es una forma de participación que se sanciona como autoría debido a criterios de naturaleza axiológica, en Joaquín CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág.247.

El cómplice a diferencia del cooperador tiene un nivel de aportación de menor importancia, de tal suerte que esta no es decisiva para la configuración del hecho²¹¹². Bajo este esquema de análisis, al explorar la forma en la que operan las organizaciones terroristas, existe una importante presencia de cómplices, mismos que tienen una fungibilidad importante. Sin embargo, pese a que para la estructura orgánica la aportación no es esencial, el propio subsistema como entidad subcultural, ha de sancionar duramente al cómplice que ha incumplido con su rol.

A pesar de la poca relevancia que pueda llegar a tener las aportaciones de los cómplices, ello no significa que su conducta no sea del máximo desvalor desde los extremos del Derecho penal del enemigo. Comunicativamente el cómplice se ha adecuado al modelo desestabilizador propuesto por la organización terrorista y además ha decidido contribuir con el mismo. Esta situación dogmática abre la puerta al espectro de la participación activa, de tal suerte que puede haber complicidad considerada como una forma de participación activa.

Por ejemplo, quien roba un automóvil viejo y lo pone a disposición de una banda terrorista para que a su vez esta coloque un explosivo dentro del mismo, ha facilitado la comisión de un atentado a pesar de que haya infinidad de automóviles en las ciudades y que la organización pueda disponer delictivamente de otros vehículos. El que actúa de tal manera es cómplice de atentado terrorista.

La complicidad hacia una estructura sistémica organizada en un nivel de autoexclusión que genera enemistad, también ha de reprocharse como complicidad en Derecho penal del enemigo. De esta manera la complicidad puede circunscribirse dentro de la participación activa en la organización terrorista.

Por lo que respecta al tipo objetivo de complicidad en la organización terrorista, este ha de contener los mismos elementos que se exigen para los demás tipos penales. De esta manera el tipo objetivo ha de referirse a la causación del resultado²¹¹³, de tal manera que el riesgo se haya incrementado de manera intolerable favoreciendo la conformación de la organización terrorista. Temporalmente, habrá de existir una cooperación anterior o simultánea al hecho delictivo²¹¹⁴.

Las modalidades mediante las que la complicidad puede presentarse resultan ser de interés para el tema de la organización criminal por las razones que se exponen a continuación. Conforme a CUELLO CONTRERAS, que recoge la opinión mayoritaria, la complicidad puede consistir tanto en una aportación física como en una psíquica, ello significa que mediante el aporte físico se facilita o posibilita la ejecución material del hecho, mientras que la contribución psíquica se refiere a un apoyo técnico o un consejo especializado²¹¹⁵. Esta clasificación es importante por que dentro de la participación activa pueden llegar a quedar comprendidas ambas clases de conductas; particularmente interesante es el aporte psíquico porque al no materializarse, en principio, de manera externa, pareciera que no tiene mayor importancia. Sin embargo, como ha señalado la doctrina, la palabra también es un vehículo idóneo para la comisión e intervención en

²¹¹² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 303.

²¹¹³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 305.

²¹¹⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 305.

²¹¹⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 306.

diferentes constelaciones delictivas²¹¹⁶, de tal suerte que la palabra puede ser más letal que la espada, como dice el antiguo refrán.

Un ejemplo de la complicidad psicológica puede ser la capacitación de sujetos para determinadas labores que exigen cierta *lex artis* por ejemplo, entrenamiento de sicarios, ensamble y preparación de explosivos, técnicas de espionaje, etc. Sin embargo, la complicidad psicológica, cuya denominación nos parece desafortunada y que puede llegar a prestarse a confusiones, no debe ser confundida con la colaboración ideológica hacia la organización criminal.

Naturalmente que el apoyo técnico que se preste con dolo organizativo ha de ser punible, siempre y cuando, dicha información sirva técnicamente para favorecer la conformación de la organización terrorista. Por ejemplo, a nivel de la máxima esfera de liderazgo, un especialista en finanzas puede dar su aporte para mantener saludable y resistente a la organización terrorista de tal suerte que pueda seguir cometiendo atentados. En este caso, no se puede argumentar que se esté ante una conducta neutral, sino que dicha acción se actualiza en el seno del injusto de sistema y para favorecerlo, transgrediendo el rol de, en este caso, especialista en finanzas para convertirse en un cómplice la organización. La complicidad psicológica o moral²¹¹⁷, como la califica otro sector de la doctrina, presenta mayores dificultades en materia de probanzas a diferencia de lo que ocurre con la complicidad material. Desde la perspectiva que aquí se defiende, si la información que se ha dado no se traduce en un incremento del riesgo objetivo la situación no ha de ser punible y menos en un contexto de Derecho penal del enemigo donde la calidad de “enemigo” ha de estar absolutamente demostrada. En un esquema aun más laxo, JESCHECK estima que la división en la complicidad ha de hacerse entre “consejos” y “hechos”²¹¹⁸.

En un contexto puramente normativizado como el de la sociedad, no es posible hablar simplemente de consejos, sino que es necesario establecer la diferencia entre un consejo y lo que implica una asesoría técnica especializada en el seno de las modernas organizaciones criminales. Un consejo, en el ejercicio correcto del rol de ciudadano puede llegar a tener determinados tintes de riesgo, pero ello no se refiere a cierta clase de información, sino que prácticamente cualquier consejo técnico que se dé puede llegar a emplearse con fines delictivos. Por ejemplo, un manual de Derecho penal o un libro de química bien pueden ser utilizados con fines antijurídicos como la defraudación fiscal o la elaboración de explosivos; un curso sobre tiro al blanco, una clase de boxeo, una lección de defensa personal, todas estas informaciones son técnicas y no por ello han de ser repudiadas socialmente. Por ello hay que distinguir no entre consejos, sino entre los contextos sistémicos en los que se difunde y aprovecha dicha información. No es lo mismo impartir un curso sobre la utilización de explosivos a miembros del ejército que darlo a un grupo de sicarios de una banda terrorista, incluso el consejo puede llegar a ser el mismo, incluso quien es el encargado de dar la información puede ser el mismo, pero el contexto es distinto. En el primero el riesgo es tolerado, puesto que los militares dentro de su esfera de organización profesional (rol) han de requerir tales

²¹¹⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras*, op. cit., págs. 61-65.

²¹¹⁷ JAÉN VALLEJO, Manuel, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *CP comentado*, Akal, Madrid, 1990, pág. 124.

²¹¹⁸ JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 744.

conocimientos, mientras que en el segundo caso el mismo consejo tiene un peso diferente. El apoyo psíquico²¹¹⁹ entonces, a pesar de que pareciera ser pura subjetividad, tiene importantes implicaciones sobre todo en cuanto a la inseguridad cognitiva a la que se contribuye en el cauce delictivo de la configuración de la organización terrorista.

Es importante subrayar que conforme a la línea que se sigue en este trabajo, el partícipe se encuentra vinculado cualitativamente y no por medio, exclusivo, de la unión fáctica, situación que es el fundamento de la accesoriedad²¹²⁰. El argumento central tiene importancia para la organización criminal porque tiene que ver con el criterio de accesoriedad que se haya adoptado. Para la doctrina existen diferentes sistemas que ponderan la accesoriedad en cuanto a su intensidad, de tal suerte que a mayores requisitos sean exigidos para el hecho principal, mayores serán para el partícipe y a menores requisitos en el evento originario, menores en la participación²¹²¹. Decimos que es relevante para la participación en la organización terrorista, porque el legislador al haber establecido los criterios de imputación en los conformadores (promover, constituir, organizar o dirigir,) y luego vincularlo con la “participación activa”, ha dejado abierta la puerta para un modelo de accesoriedad realmente relajado, de manera que en la práctica, por las propias exigencias del tipo, no resulta complicado vincularse activamente con el injusto sistémico.

Al inicio del párrafo relativo a la complicidad se hizo mención de la llamada “causalidad de la complicidad” temática que dada la naturaleza estructural de la organización terrorista, es un tema que se debe abordar. Es relevante la complicidad ya sea física o psicológica, entendiendo por esta última no la mera solidarización que no llega a ser causa del resultado²¹²². De esta manera se desecha la mera colaboración moral (ánimica) en la complicidad.

Conforme a la moderna dogmática penal, la causación en la complicidad ha de alejarse del clásico naturalismo que tanto trabajo ha costado separar del pensamiento jurídico para ceñirse a criterios de naturaleza normativa. El hecho que en la mayoría de las circunstancias haya un vínculo entre complicidad y causalidad, no significa que ello sea una regla general para la complicidad²¹²³. Además, delimitar concretamente los extremos de la causalidad suele ser complicado. Lo fundamental en la complicidad no es el vínculo entre sujeto y resultado, sino entre sujeto y hecho principal²¹²⁴.

De esta manera no debe excluirse la intervención a título de cómplice en aportaciones que sean de naturaleza distinta a lo estrictamente fenomenológico. “Cooperar a la ejecución de un hecho puede suponer una aportación causal al resultado pero no necesariamente tiene que ser así. Cooperación existe también cuando se mejoran las posibilidades de comisión del hecho, se eliminan obstáculos o se crean facilidades que favorecen su ejecución”²¹²⁵. Para la operación de la organización criminal por ejemplo suele ser de vital importancia precisamente la eliminación de obstáculos como lo pueden ser miembros de las organizaciones policiales del Estado.

²¹¹⁹ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 358.

²¹²⁰ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 337.

²¹²¹ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 337.

²¹²² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 813.

²¹²³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 249.

²¹²⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 249.

²¹²⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., pág. 249.

De esta manera aunque no haya una aportación material al injusto, si hay una cooperación que favorece las operaciones concretas de la organización en un momento determinado. De esta manera la carga de la aportación deja de ser meramente física para entrar en el terreno del significado normativo de las aportaciones. Siguiendo a ROBLES PLANAS el *quid* en el tema de la aportación radica en la idoneidad general de la aportación y afirma que es perfectamente posible que la cooperación no tenga relación alguna con la causación del resultado²¹²⁶.

Pero el análisis de ROBLES PLANAS, a pesar de que parece ser acertado permitiendo coincidir ampliamente con sus planteamientos, sigue concibiendo al resultado como algo meramente naturalista. Al afirmar que existe la posibilidad de que no haya vínculo causal entre la acción del cómplice y al resultado ha dejado de lado el tema de la vigencia de la norma como otra especie de resultado, puramente normativo, pero resultado al fin y al cabo. Dentro de este marco argumentativo es de resaltar que si bien es verdad que no se requiere el vínculo entre actividad y resultado fenomenológico, también lo es que sí debe de haber una relación más estrecha entre intervención delictiva y lesión a la vigencia de la norma. Ello se pone de manifiesto en las normas modelo de Derecho penal del enemigo de tal suerte que en la organización terrorista, al presentarse una conducta favorecedora o idónea como la de la complicidad, el sujeto se coloca en oposición frontal a la norma y aporta inseguridad, dando como resultado que se lesione la seguridad cognitiva, daño normativo producido gracias a la relación entre su conducta y el “resultado”.

El Derecho penal de la complicidad ha de explorarse a la luz del delito entendido como expresión de sentido y no como un fenómeno naturalista, situación que no riñe con la posibilidad de que haya coincidencia entre sentido y modificación del mundo fenomenológico²¹²⁷.

La conducta en un contexto como el de la imputación objetiva, ha de tener relevancia en cuanto al sentido que se le atribuye socialmente a la misma, de tal manera que lo que se imputa es el sentido²¹²⁸.

²¹²⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 249-250.

²¹²⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito*, op. cit., págs. 256-257.

²¹²⁸ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara Editores, Lima, 2010, pág. 17.

CAPÍTULO XII

TENTATIVA Y OTROS SISTEMAS DE ANTICIPACIÓN PUNITIVA FRENTE A LA ORGANIZACIÓN TERRORISTA

I.- Consideraciones previas

El Derecho como sistema integral, cerrado y congruente en ocasiones es tachado de ser excesivamente formalista y alejarse de los verdaderos problemas que político-criminalmente nutren de contenido a los fenómenos delictivos. Compaginar dogmática con política criminal ha sido uno de los más frecuentes planteamientos que la ciencia penal ha discutido. Para muestra piénsese en el puente que sugiere SILVA SÁNCHEZ como necesario para enlazar dogmática con política criminal, o en los esfuerzos de ROXIN que propone una dogmática orientada hacia fines de política criminal. SIN EMBARGO, aparentemente algunas figuras como la tentativa no tienen mucho eco en la doctrina en cuanto a sus implicaciones político criminales, cuando en realidad, estas son de considerable importancia. Ello a la luz de la propuesta que aquí se sugiere de explorar la tentativa desde el prisma del adelantamiento de la barrera de protección y sus efectos comunicativos al interior del sistema social. En este contexto, se abre una ventana para la reflexión sobre el vínculo que existe entre la tentativa y la conformación de la organización criminal. La tentativa como adelantamiento es un interesante problema político criminal.

Desde otra perspectiva, la de las víctimas, atender a estadios anticipados en determinados contextos de la ciencia penal puede ayudar a proteger de mejor manera aquellos grupos que son especialmente vulnerables.

En el combate a las modernas formas de terrorismo organizado, en América Latina, se ha acuñado un término que describe a todas las personas que han sido asesinadas o lesionadas en el combate a tales focos de peligro y que se les ha denominado *víctimas colaterales*²¹²⁹. Dicha denominación implica el anonimato del sujeto pasivo y la impunidad de los responsables. Puede afirmarse que las víctimas colaterales son como un hoyo negro donde una vez adentro no se sabe nada.

El ofendido como protagonista del drama que se desata en el combate al terrorismo organizado, lleva a reflexionar sobre la necesidad de otorgar una mayor protección a estos en aras de minimizar los “daños colaterales” que el combate entre el Estado y los grupos delincuenciales va generando. Por ello, desde la dogmática y sus figuras no hay que olvidar a las víctimas y en el caso de la tentativa existe una importante oportunidad para reflexionar sobre la importancia de la figura como un modelo de adelantamiento que puede llegar a servir para prevenir y proteger a aquellos en que se encuentran en el centro del conflicto. De esta forma a través del cambio de paradigma que implica asumir el Derecho penal del enemigo como una realidad presente, actual, y evidente, es interesante estudiar si la tentativa, como figura, puede tener cabida en los delitos de organización.

II.- Tentativa como paradigma de adelantamiento de la barrera de punibilidad

Existe una importante relación entre la responsabilidad penal tanto de autores como de otros intervinientes en la configuración de la organización terrorista y las llamadas formas imperfectas de realización. Es por ello que se ha optado por incluir

²¹²⁹ LLANO ÁNGEL, Hernando, “Las víctimas invisibles”, op. cit., pág. 4.

tales cuestiones en el presente capítulo. La importancia de la temática que se abordará es esencial para comprender en qué momento las intervenciones tanto del autor como de los demás implicados comienzan a tener relevancia jurídica.

Se partirá de la moderna concepción de la tentativa como una forma de anticipación punitiva y de ahí se aterrizará la cuestión en su relación directa con la conformación del sistema organización terrorista. Estos planteamientos ya han sido esbozados en otros capítulos.

La doctrina se ha encargado de dividir la temática del delito intentado en dos grandes rubros que clasifican al fenómeno como una extensión de la tipicidad de tal suerte que la tentativa es un tema de “defecto” en la ejecución del injusto, o como un sistema distinto al de la consumación, es decir, separado²¹³⁰. Para POLAINO-ORTS, tanto el delito consumado como la tentativa constituyen un mismo nivel de imputación²¹³¹. En esta tónica, cuando se piensa en la consumación en cuanto a la conformación en un delito de organización puede llegar a pensarse que ambos caminos doctrinales son correctos. En el primer caso debido a que los intervinientes en la configuración delictiva intentada tenían todas las intenciones de crear un injusto organizativo, ello por el simple coste en cuanto a riesgo que implica toda la preparación de un injusto de sistema. Sin embargo, desde la otra perspectiva, también es cierto que por la propia y especial naturaleza del injusto organizativo, forma parte de una constelación de casos que requieren un tratamiento diferenciado en el plano del delito intentado. Ello debido a que implica la creación de una nueva estructura jurídica, autónoma, con especiales características en el plano sistémico, además de formar parte de los modelos delictivos pertenecientes al Derecho penal del enemigo.

Como se ha expuesto en este trabajo, el adelantamiento de la barrera de protección no es una herramienta exclusiva del Derecho penal del enemigo, como expresión político criminal de combate a especiales formas de desestabilización, sino que también la dogmática clásica el Derecho penal se ha visto en la necesidad de adelantarse con respecto a la lesión de los bienes y valores esenciales para la sociedad.

El castigo del delito intentado mas no consumado es una forma de anticipación de la punibilidad que además, requiere ser delimitado correctamente²¹³². Las anticipaciones en el Derecho penal implican, también, la asunción de un riesgo por parte del Estado, mismo que deberá actuar en estos ámbitos, con la máxima diligencia y con el empleo mínimo de estas técnicas. Sólo a “cuenta gotas” deberán emplearse tales técnicas ya sea en la parte especial (delitos de estatus o de organización) como en las figuras dogmáticas tradicionales como la tentativa pertenecientes a la parte general.

²¹³⁰ MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 197-199. Para JESCHECK, la tentativa implica una relación de dependencia entre la figura y un tipo específico ya descrito, sin que existe la tentativa por sí misma y de manera independiente, en JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., págs. 553-554.

²¹³¹ POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 320.

²¹³² JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 852.

La tentativa como figura jurídica implica un reconocimiento de la peligrosidad que generan determinados comportamientos para la sociedad²¹³³. Por ello sólo mediante el despliegue adelantado de la comunicación estatal es posible disminuir el potencial lesivo ante la comisión de determinados delitos. La gran interrogante consiste en determinar si en delitos de organización tales como la conformación de la organización terrorista cabe la posibilidad de una tentativa. El tema implica que se estaría en presencia de un adelantamiento del adelantamiento²¹³⁴. La doble aceleración significa ir más allá de los contornos organizativos del sistema en su nivel más primitivo, es decir, en actos demasiado lejanos frente a la conformación.

Tratándose de delito intentado, se requiere forzosamente mirar hacia el futuro de la expresión de sentido que se proyecta. Con un ejemplo que viene muy bien a nuestra disertación, JAKOBS considera que “(a)demás, el autor, mediante su comportamiento, puede revelar una futura arrogación de organización (ejemplo: Un grupo terrorista reparte octavillas en las que hace propaganda de sus fines o bien amenaza con la eliminación física de un miembro del Gobierno)”²¹³⁵. La cuestión se centrará en qué comportamientos tienen esa propiedad de reflejar una futura conformación organizativa. Ello es el *quid* del tema sobre la posibilidad de un delito intentado a la luz de la organización terrorista.

En un ejemplo, la reunión física de varios sujetos que al entrar en una tienda compran determinadas sustancias para preparar explosivos, ¿ello implica un comportamiento que tiene el potencial de reflejar la posible comisión futura de delitos y entonces justifica, por lo menos, el inicio de una investigación policial encubierta?, cuesta trabajo admitir dicha posibilidad en un Estado de libertades.

JAKOBS estima que la cuestión requiere ser debatida pero que sería justificable el tránsito de ciudadano a enemigo en especiales casos como en el de la conformación de la organización terrorista gracias a las manifestaciones realizadas desde la esfera de lo interno, sin que con ello se justifique una actitud desmedida en el uso de tales mecanismos²¹³⁶. De esta manera, el profesor alemán estira el contenido objetivo de la tentativa al considerar que en el caso de la organización terrorista es viable relajar los extremos usuales que rigen al delito intentado, por la especial peligrosidad que implican dichas acciones y la necesidad, evidente, de detenerlas. POLAINO-ORTS, entiende que la tentativa no es, en modo alguno, una medida de naturaleza excepcional a pesar de representar un claro adelantamiento ante situaciones especiales de peligro²¹³⁷.

La tentativa en resumen, ha de ser aceptada como una forma de anticipación. De esta manera el Derecho penal ha de ser visualizado desde el prisma normativo que se viene defendiendo a lo largo del presente trabajo.

²¹³³ REYES ALVARADO, Yesid, “Normativismo y Derecho penal del enemigo”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo*, tomo II, op. cit., pág. 784.

²¹³⁴ REYES ALVARADO, Yesid, “Normativismo y Derecho penal del enemigo”, op. cit., pág. 787. En el mismo sentido crítico sobre el adelantamiento del adelantamiento JESCHECK a nombre de la doctrina mayoritaria, en Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho penal parte general*, op. cit., págs. 565-566.

²¹³⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 854.

²¹³⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 854.

²¹³⁷ POLAINO ORTS, Miguel, *Derecho penal del enemigo*, op. cit., pág. 320.

En ese sentido, POLAINO NAVARRETE, estima que la tentativa como la consumación son expresiones comunicativamente relevantes socialmente²¹³⁸. De esta manera pasa a un segundo plano la cuestión sobre la dependencia entre lo intentado y lo consumado para complementarse desde un punto de vista normativo. Para JAKOBS, tentativa y consumación representan un ataque a la validez de la norma que demuestra que el sujeto no se orienta por la misma²¹³⁹. Así se desecha la posibilidad de que la tentativa implique a su vez un intento de vulneración de la vigencia de la norma, para configurarse como una infracción a dicha vigencia en sí misma. En otras palabras, intentar, también implica una negación comunicativa de la sociedad.

La problemática de la tentativa aplicada a los delitos de organización como el injusto de sistema materia de esta investigación no es un tema realmente de “suma de elementos que se aproximan a la lesión de un bien jurídico”, sino que es un problema de resultado. En este sentido el resultado ha dado lugar a múltiples dificultades en cuanto a la delimitación de sus extremos y claridad dogmática²¹⁴⁰. Ello debido al fantasma naturalista que persigue la mente de la doctrina penal. En este sentido obliga a hacer importantes esfuerzos para poder separar la exploración de categorías dogmáticas de este lastre fenomenológico.

El resultado ha de ser entendido desde una perspectiva normativizada y no como una categoría divisible. Dicha partición consiste, como es tradicionalmente conocido, en separar a los tipos en delitos con y sin resultado entre los que se encuentra la tentativa y los delitos de mera actividad²¹⁴¹. Bajo esta tónica tradicional en la dogmática, la conformación de la organización criminal se encontraría inmersa dentro de los delitos de mera actividad²¹⁴².

Para poder delimitar con precisión, POLAINO NAVARRETE estima que hay que establecer dos grandes categorías: una primera explora el resultado desde una perspectiva ontológico-naturalista y otra desde la óptica funcional-normativista²¹⁴³. Los argumentos que afirman que sólo es posible hablar de tentativa en los delitos de resultado material, se suscriben a la teoría objetivo formal²¹⁴⁴. Sin esta distinción, a la que nos sumamos, el Derecho penal de las organizaciones criminales, como representación del nuevo paradigma al que se debe someter el Derecho penal moderno, se quedaría sin elementos para sancionar comportamientos tendientes a una clara desestabilización social.

Bajo este contexto, “el concepto de “desvalor de resultado”, en palabras de VEHLING, no debe emplearse, pues, en el sentido naturalístico de menoscabo determinado de un bien jurídico sino en un sentido normativo como menoscabo de la

²¹³⁸ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura: sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, núm. 32, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004 pág. 13.

²¹³⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 863.

²¹⁴⁰ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 34.

²¹⁴¹ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 34.

“(…) son aquellos delitos que se consuman sin necesidad de que se produzca un efecto separado del comportamiento activo o pasivo (...), en María ACALE SÁNCHEZ, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000, pág. 35.

²¹⁴³ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 34.

²¹⁴⁴ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, Edisofer, Madrid, 2001, pág. 95.

vigencia o infracción de un “riesgo permitido”²¹⁴⁵. De esta manera, en la cuestión relativa al intento de conformar una organización terrorista, sí cabría la posibilidad de hablar de una tentativa, debido a que, precisamente, ello implica una comunicación, tendiente a la desestabilización del sistema social que en su intento ya refleja una lesión a la vigencia del orden normativo. En este sentido, al vulnerarse la vigencia de la norma, se equipara el resultado en la consumación y en la tentativa²¹⁴⁶. En un ejemplo práctico, entonces, tiene el mismo valor comunicativo negador del sistema de expectativas la conformación de la organización criminal terrorista como su intento y es especialmente claro en esta clase de delitos porque el potencial lesivo que llegan a producir es insoportable. El Derecho penal del enemigo, entonces, ha de reconocer también una tentativa especial perteneciente a esta clase de injustos, que podría denominarse *tentativa de enemistad* pero que, paradójicamente, en ese camino hacia la enemistad ya se convierte en enemigo. De esta manera, la senda de la enemistad otorga dicho status desde el inicio de la tentativa

POLAINO NAVARRETE sintetiza su planteamiento en términos que bien vale la pena transcribirlo textualmente: “En la tentativa, el injusto lo constituye un “perfecto quebrantamiento de la norma” más una “puesta en peligro de bienes jurídicos”; en el delito consumado, un “perfecto quebrantamiento de la norma”, más “lesión de un bien jurídico”²¹⁴⁷.

La cuestión problemática que ahora se plantea es la posibilidad de que la tentativa de configuración de la organización terrorista sea clasificada como un delito de peligro abstracto, sobre todo en relación a la puesta en peligro de bienes jurídicos colectivos como lo es el orden público y el clima normativo propicio para el florecimiento de dichos bienes y valores, es decir, la vigencia del modelo de orientación.

Bajo los argumentos esgrimidos por POLAINO NAVARRETE, se estima que en los delitos de mera actividad, como en la conformación de la organización terrorista, es bien posible la tentativa como una forma de realización imperfecta del injusto en relación a bienes jurídicos y con absoluta trascendencia frente a la vigencia sistémica de la norma. De esta manera, es posible hablar de una tentativa de conformación.

En relación al contenido normativo del tipo existe una tentativa para promover, constituir, organizar o dirigir la organización criminal, así como en la participación activa y en formar parte. Ello ha de comprenderse, siempre, como una propuesta normativamente configurada a la luz del sistema funcionalista de Derecho penal del enemigo. En Derecho penal del enemigo, cabe hablar de un intento de quebrantar el orden social por medio de la violencia que debe de ser punible; un Estado democrático que aspire a la seguridad como garantía mínima para garantizar los contactos sociales, no puede tolerar que grupos o asociaciones criminales siquiera intenten conformarse destruyendo la seguridad cognitiva. En la vida práctica, es difícil encontrar que en un pueblo de Europa, los habitantes pudieran desarrollar su vida tranquilamente a sabiendas que en alguna de las casas hay intentos por configurar una estructura terrorista criminalmente organizada.

²¹⁴⁵ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 35.

²¹⁴⁶ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 35.

²¹⁴⁷ POLAINO NAVARRETE, Miguel, “El injusto de la tentativa”, op. cit., pág. 35.

De esta forma, la tentativa se afianza de manera tal que resulta posible punir el peligro visualizándolo como una situación tal, que justifica un adelantamiento de la barrera de comunicación por parte del Estado a través de la pena.

Conforme a un sector de la literatura penal española, resulta posible hablar de una tentativa en los delitos de mera actividad, dentro de los planteamientos de la tentativa idónea acabada si esta se explora desde la perspectiva del autor del injusto²¹⁴⁸. Sin embargo, no se debe perder de vista que en materia de terrorismo y dentro del nuevo paradigma que implica por el riesgo, la tentativa de conformación debe ser explorada como una figura legítima para el combate frontal a focos de autoexclusión potestativa. Si este fenómeno no se explora a la luz de los planteamientos del Derecho penal del enemigo y se insiste en estudiarlo bajo los esquemas de las teorías con amplio espectro otológico, entonces no se podrá avanzar en los planteamientos que aquí se sugieren.

El adelantamiento de la barrera de punibilidad no es ajena a la jurisprudencia española, como expone ALCÁCER GUIRAO dando como resultado la aceptación de tentativa de delito de mera actividad en conductas tales como el tráfico de drogas²¹⁴⁹. Del estudio que hace el autor, se desprende que las autoridades españolas, con un ánimo preventivo, han extendido la barrera del adelantamiento en esta clase de delitos por las consecuencias lesivas que pueden desencadenarse y en defensa de la salud pública. Tales elementos, son perfectamente trasladables a la tentativa de conformación en defensa del orden público como bien jurídico que se ha de vulnerar, así como de la vigencia de la norma que se encuentra perfectamente afectada.

Bajo el esquema funcionalista, no es que se trate entonces de un adelantamiento del adelantamiento, sino del adelantamiento ante la vulneración a la vigencia de la norma, de tal suerte que no existe peligro de extenderse hacia atrás infinitamente. En los modelos de imputación relativos a la autoría en el artículo 571, las conductas que se llevan a cabo *ex post* a la creación de la organización en sentido amplio, es decir, organizar y dirigir, es más sencillo pensar en la posibilidad de admitir la tentativa. De esta manera intentar organizar o intentar dirigir una organización terrorista es punible desde la perspectiva de la teoría del rol.

Un ejemplo puede ser de utilidad. Si un sujeto que era líder de la organización es detenido y en virtud de ello, otro sujeto que se encontraba en un grado inferior, intenta asumir el rol de liderazgo, situación que no se logra debido a que resulta detenido en otra acción de las fuerzas policiales. En esta circunstancia el segundo sujeto ha desplegado actos comunicativamente orientados hacia la asunción del rol de “director” de la organización, acontecimiento que implica el mantenimiento estructural del injusto sistémico y por ende la permanencia de la banda en el tiempo, lo que se traduce en desestabilización e inseguridad para la sociedad. El ejemplo es equiparable para las acciones de organizar.

Sin embargo, a pesar de que promover y constituir sean conductas *ex ante* a la organización misma, también es posible encontrar algún ejemplo al pensar en un operativo policiaco donde son detenidos sujetos que se disponían a filmar un comunicado en el que se invitaba a jóvenes sin trabajo a incorporarse a la organización.

²¹⁴⁸ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, op. cit., pág. 99.

²¹⁴⁹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría*, op. cit., págs. 102-103.

De esta manera se ha intentado promover la organización delictiva. El ejemplo es equiparable en las acciones de constituir.

La tentativa es una comunicación mediada por lo social, situación que evidentemente ha de reflejarse en actos objetivos tendientes a la configuración formal de la organización delictiva.

QUINTERO OLIVARES estima que existe una diferencia entre consumación material y jurídica, estableciendo que “por consumación material o agotamiento se entiende la efectiva consecución de todos los fines perseguidos por el autor del delito”²¹⁵⁰. Esta afirmación resulta ampliamente confusa cuando se revisa a la luz del delito de conformación terrorista; ello se debe a que como se sigue partiendo de una concepción finalista del delito, establecer con claridad, ahora, los fines perseguidos por el autor en un correcto análisis dogmático se vuelve, de nuevo, una situación complicada. En el ejemplo de la conformación de la organización en el pueblo, que se expuso anteriormente, seguramente si los habitantes saben que hay intentos de configurar la banda criminal la seguridad se verá afectada, por lo que en términos estrictos de desestabilización, se estaría alcanzando una de las finalidades que persigue el terrorismo que es la de generar una alteración en la paz pública. Bajo este esquema, la tentativa implicaría consumación del propósito delictivo (alteración de la paz pública) sin haber llegado a la consumación del delito en sentido estricto.

La problemática de la tentativa y la falta de claridad que sigue siendo el pan de cada día en la doctrina y la jurisprudencia, demuestra que el enfoque que se le ha dado a la figura no ha sido el correcto. Siguen sin resolverse problemas esenciales vinculados necesariamente a la causalidad, situación que se observa con mayor claridad en los delitos de organización.

Siguiendo la exposición de QUINTERO OLIVARES, la consumación se lleva a cabo cuando se cumple un elemento objetivo que se traduce en una acción exteriorizada lesiva para la norma²¹⁵¹. De esta manera se asume una teoría objetiva del delito intentado, situación que es correcta debido a que en un moderno Derecho penal el acto ha de estar exteriorizado para que sea demostrable, incluso en una etapa anterior a la consumación material que ya implica una lesión al sistema Derecho. La tentativa quiere decir para JAKOBS, una perfecta lesión en la vigencia de la norma²¹⁵².

Sin embargo, la teoría objetiva de la tentativa, adoptada por el CP español en el artículo 16²¹⁵³, requiere de una complementación bajo un esquema sistémico como el que se propone en la presente investigación de tal suerte que la teoría ha de ser no solamente objetiva, sino más bien objetivo-funcional. La explicación de esta sugerencia es porque naturalmente los actos desestabilizadores han de ser exteriorizados, pero la expresión de su sentido ha de ser mediado por la teoría comunicativa y la del rol social, temas que son parte del núcleo del moderno funcionalismo, padre del Derecho penal del

²¹⁵⁰ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Libro I: Título I” en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), *Comentarios al nuevo CP*, op. cit., pág. 118.

²¹⁵¹ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Libro I: Título I” op. cit., pág. 119.

²¹⁵² ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?, apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, pág. 108.

²¹⁵³ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª. edic., La Ley, Barcelona, 1999, pág. 279.

enemigo desmitificado. Este fenómeno puramente normativo, ha de ocurrir con independencia de lo que piense el propio autor, situación que se presenta como irrelevante para efectos del incremento del riesgo desvalorado. En síntesis, la opinión del autor es completamente marginal²¹⁵⁴. Son sus desestabilizaciones objetivas las que hablan por él mismo.

Anteriormente se hizo mención de que una de las características del Derecho penal del enemigo es su profundo sentido orientado hacia la protección de las víctimas. Ello se pone de manifiesto a través de la técnica del adelantamiento, situación que también sucede en algunas figuras de la dogmática clásica como es el caso de la tentativa. De esta manera al entrar en acción la maquinaria comunicativa de la pena, con anticipación, concretamente en el intento de conformación del injusto sistémico, se dota a las víctimas de una mayor protección ante una situación que requiere la máxima diligencia por parte del Estado.

Una visión que parte desde la práctica misma en el combate a las organizaciones criminales deberá de determinar justamente el momento en el que se da inicio a la tentativa y por ende el punto preciso en el que el mecanismo de adelantamiento ha de entrar en acción. Esta situación requiere de la máxima precaución para no vulnerar el principio de legalidad y sancionar, justamente, la conducta desvalorada socialmente.

III.- Conspiración, provocación y proposición en la conformación de la organización terrorista

A) Conspiración

La exteriorización de los actos conformativos de la organización terrorista genera importantes dificultades al abordar el momento en el que los actos se circunscriben dentro de las conductas socialmente toleradas y cuándo se da inicio a la tentativa. A partir de esta distinción habrá que comenzar el análisis de tales situaciones a la luz de la moderna dogmática penal. La cuestión es que en realidad la doctrina no ha podido avanzar con claridad sobre estas cuestiones pero a pesar de ello son plausibles los esfuerzos llevados a cabo por los penalistas en aras de dar mayor claridad a la problemática.

La tentativa, desde una perspectiva objetivo-funcional, ha de comenzar en el momento en que no puede haber lugar a dudas de que objetivamente el sujeto busca la generación de un resultado y en el momento mismo de la lesión al modelo de orientación. En un ejemplo que utiliza la doctrina, si un sujeto quiere envenenar el café de otro para que muera, conforme a la teoría objetiva será en el momento en el que se vierte la substancia en la bebida, cuando ya se pueda considerar como tentativa²¹⁵⁵.

Sin embargo, en los delitos de organización la cuestión es mucho más compleja, especialmente en la frontera con los actos preparatorios. Por ejemplo: comprar un

²¹⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 279.

²¹⁵⁵ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, ARROYO ZAPATERO, Luis, GARCÍA RIVAS, Nicolás, FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos, SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 279.

ordenador y una impresora para generar propaganda terrorista, objetivamente no tiene la mayor relevancia social. Sin embargo, la distribución de la misma para atraer nuevos miembros ya puede considerarse como actos de promoción punibles. Adquirir equipos de radio comunicación para coordinar una junta en la que se han de distribuir nuevas tareas terroristas, en principio, en el momento de comprar el equipo, la conducta permanece perfectamente neutral.

Conforme a la legislación penal alemana, existe un criterio que considera punible el delito intentado para “quien se pone inmediatamente a realizar el tipo”²¹⁵⁶, situación que puede llegar a arrojar cierta luz, pero que en el fondo no deja de ser sólo una solución aparente.

La tentativa es punible, modernamente, cuando hay una amenaza seria a la vigencia de la norma en lo que se ha denominado como teoría de la impresión. Sin embargo, para STRATENWERTH, la teoría adolece de soluciones circulares y no se puede saber realmente cuándo se lleva a cabo la “impresión” acerca de la lesión en la vigencia de la norma²¹⁵⁷. La cuestión es que las diferentes aproximaciones a una solución en verdad no pueden dar como resultado un criterio general. Las teorías acerca de la tentativa sólo han de enfocarse en la descripción de aquellos casos límite sin que sea posible llegar a soluciones concretas, así lo ha reconocido la doctrina.

En materia de terrorismo *lato sensu* la legislación española en el artículo 579.1 regula conductas tales como provocación, conspiración y proposición²¹⁵⁸, por lo que se está ante la punición de actos preparatorios dentro de la esfera de los llamados delitos de emprendimiento que son diferentes a la tentativa. En este caso aplica la provocación, conspiración y proposición en los actos de conformación organizativa, situación que plantea serios problemas, en la práctica, debido a un excesivo adelantamiento, pero que tienen un interesante fundamento que bien vale la pena explorar.

Conforme al artículo 579.1, entonces, ha de resultar punible la conspiración para conformar una organización terrorista. De esta manera se castiga el hecho de emprender un desenvolvimiento conductual orientado concretamente a la conformación del sistema. Esta situación es complicada en cuanto a su delimitación. Por ello hay que atender al texto del Código penal, que en su artículo 17 señala que “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Para un sector de la doctrina la figura implica una forma de coautoría anticipada²¹⁵⁹.

De esta manera habrá que distinguir entre la conspiración, que es una forma de adelantamiento, y los delitos de organización que es otra forma de anticipación. La línea que los distingue se ha establecido jurisprudencialmente y atiende a que a diferencia de la asociación para delinquir, en la conspiración no existe el elemento de la estabilidad requerida por el sistema de injusto organizativo²¹⁶⁰. Otra distinción es que para la

²¹⁵⁶ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., pág. 277.

²¹⁵⁷ STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I*, op. cit., págs. 281-282.

²¹⁵⁸ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 210.

²¹⁵⁹ MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, op. cit., pág. 341.

²¹⁶⁰ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Lib.I-Tit. I. De la infracción penal”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al CP*, op. cit., pág. 81.

conspiración bastan dos personas mientras que en la organización o grupo criminal se requieren tres o más.

Las distinciones entre ambas figuras tienen una importancia relativa cuando se analiza la razón por la que el legislador las ha establecido y sólo para determinados delitos. Como señala el artículo 17.3, *la conspiración y la proposición para delinquir, sólo se castigarán en los casos especialmente previstos en la ley*, entre ellos la conformación de la organización terrorista. Sin embargo, este adelantamiento del adelantamiento resulta a todas luces excesivo. El legislador ha ido demasiado lejos introduciendo una política criminal irracionalmente expansiva.

En los delitos de emprendimiento se sanciona la especial peligrosidad que genera la conducta desplegada. Ello justifica el adelantamiento. La situación es aceptable en los delitos que por su propia naturaleza no impliquen, ya en sí, una anticipación, pero no en aquellos en los que dicho mecanismo ya se encuentra contemplado. La conspiración para conformar una organización criminal implica, nuevamente, un adelantamiento del adelantamiento, además que ello demuestra cierto desorden en cuanto al criterio cuantitativo de los intervinientes. La razón de esto es que conforme a la norma, la organización criminal o grupo se conforma, numéricamente con un mínimo de tres, mientras que la conspiración satisface con un mínimo de dos, de tal manera que se ha de sancionar, al final de día, a dos como si fueran ya un injusto sistémico más allá de la coautoría, es decir, a dos como si ya fuese un delito de organización.

Para encontrar este intricado sendero normativo se debe de acudir en primer lugar al artículo 579.1 que remite al 571 que a su vez conduce al párrafo 3º para conducirnos al párrafo segundo del apartado 1 del 570 bis y al párrafo 2º del apartado 1 del 570 ter. Así, el legislador ha empleado la deplorable técnica legislativa de la remisión o ley penal en blanco con todas las dificultades y problemas que a nivel constitucional se pueden desprender.

De esta forma, se sanciona a dos por el peligro que debe ser generado por tres. La situación, en materia de adelantamiento, conduce a un absurdo porque la conspiración requiere de menos elementos que la propia organización terrorista a pesar de que la pena es mucho menor. En la conspiración los criterios para su punición están mucho más relajados cuantitativa como cualitativamente. La sanción de la conspiración para conformar una organización terrorista implica un excesivo paso hacia atrás, una regresión en el camino de la pena. Sin embargo, ya no cabe la punición sobre la tentativa de los actos preparatorios, porque ello significaría una regresión sucesiva que podría llevar hasta el primer acto preparatorio²¹⁶¹.

Establecido este primer límite, queda por volver a la cuestión relativa a la excesiva anticipación en la conspiración para conformar la organización pero ahora traducida puntualmente en cada uno de los cuatro modelos de imputación consistentes en promover, constituir, organizar o dirigir. Bajo este esquema, y dentro del adelantamiento que representa en relación directa con los elementos subjetivos del injusto, la separación entre por ejemplo, promover o dirigir una organización terrorista implica cierta distancia frente a la lesión a la seguridad cognitiva de la norma y el orden

²¹⁶¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal, parte general*, op. cit., pág.

público. Por otra parte la promoción de tales conductas no puede ser anticipado al grado de conspirar para promover. Buscar un ejemplo de ello en la vida práctica es complicado y corre un riesgo importante de invasión en la esfera de las conductas neutrales.

En el caso de la conspiración en su modalidad de promover la conformación organizativa existen importantes dificultades porque la promoción raya en los linderos de garantías tales como la libertad de expresión. De la misma manera si dos personas se ponen de acuerdo para comprar una máquina que les permitirá imprimir folletos con alusiones terroristas, ello es invasión a la esfera de administración del ciudadano. La norma penal ha de sancionar únicamente la conducta que implique un riesgo desaprobado y ello no lo es. La adquisición de una máquina o de una impresora casera nunca puede ser sancionada criminalmente. Estos mismos argumentos son extensibles a las acciones relativas a constituir la organización. No se puede aceptar la punición de la conspiración para fundar un sistema terrorista.

En otro esquema se encuentran las acciones de organizar o dirigir; en estas en principio pareciera posible dar cabida a la conspiración. En la práctica sobre el tema de organizar existen importantes dificultades que son de naturaleza estructural. Ello se debe a que para organizar algo se requiere por lo menos un plan, un trazado básico acerca de lo que se ha de erigir. Tampoco es suficiente sólo dicho elemento, sino que es necesaria cierta permanencia, para “organizar” una estructura criminal. Ahora, es realmente complicado que dos o más sujetos se unan para *concertar* la ejecución de un delito y dicha unión sea claramente diferenciable de un mínimo estructural que requiere el verbo “organizar”, ello porque actuar en *concierto* implica necesariamente organizar. En Colombia se emplea el enunciado de “concierto para delinquir” como un género de conductas que se circunscriben en los delitos de organización. En este esquema la línea es diferenciable por criterio cuantitativo cuando se tratan de dos personas, pero cuando son tres o más la situación ya no es simple porque sólo quedaría, en principio, como criterio diferenciador el tema de la permanencia. Pero si se trata de “organizar” se requiere cierta permanencia, ¿qué sucede entonces?

Como se puede observar, la anticipación punitiva ha llevado a una importante confusión que poco ha sido explorada por la doctrina. La problemática sobre los sujetos que son idóneos para llevar a cabo conspiración va más allá del número de intervinientes. Esto significa que para un sector de la doctrina, habrán de actuar externamente como una voluntad colectiva²¹⁶². En este sentido ha de colocarse a la conspiración realmente en la frontera del delito de organización a través del elemento volitivo colectivo que es de la máxima trascendencia a tal grado que es posible afirmar que bajo este esquema así como la coautoría y el delito de organización, *también la conspiración para conformar una organización terrorista* ha de ser considerada *como injusto sistémico*, generando que la línea divisoria desaparezca casi por completo.

Las dificultades entre la conspiración y la antigua asociación para delinquir están recogidas en la doctrina como un problema de compleja delimitación conceptual²¹⁶³. Para establecer distinciones se estima que la conspiración implica un momento anterior que pertenece a la participación delictiva en la comisión de un delito, mientras que la

²¹⁶² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer delito (los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978, pág. 31.

²¹⁶³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 74.

asociación para delinquir es un delito autónomo²¹⁶⁴. Esta es una distinción que permanece en un excesivo formalismo. En la conspiración existe una planeación para ejecutar un delito mientras que en la asociación no se requiere una participación en el objeto que justifica la creación de la asociación para que sea punible²¹⁶⁵, ello quiere decir, en otras palabras, que la asociación se pune por el simple hecho de haberse constituido.

En cuanto a la relación que existe entre los sujetos intervinientes, CUELLO CONTRERAS estima que en la conspiración se presenta una relación personal, un vínculo delictivo subjetivo que une a los conspiradores²¹⁶⁶. Esta afirmación no parece muy afortunada debido a que si se aspira a un Derecho penal depurado y seguro en términos de respeto a los derechos y garantías, introducir esquemas tan excesivamente subjetivos rayando casi en la exigencia de “relaciones sentimentales” es francamente peligroso y además resulta ampliamente problemático para cuestiones de prueba. En la conspiración se parte de un acuerdo y de la producción en todos los participantes de una actitud tendiente hacia la ejecución del delito²¹⁶⁷. Sin embargo, este fenómeno también ocurre en los delitos de organización porque necesariamente hay que partir de una planificación común, que es el acuerdo mismo, y también en este hay una disposición concreta hacia la conformación organizativa del injusto. Lo importante para identificar una organización criminal es que los intervinientes realizan aportes a la misma que son socialmente peligrosos porque crean y fortalecen el injusto generando, por ende, inseguridad cognitiva en la sociedad.

Para GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, existe un segmento de la doctrina que considera que las asociaciones ilícitas son actos preparatorios ilícitos²¹⁶⁸, esta cuestión tiene una lógica en el sentido de que sin la técnica del adelantamiento y la punición de la organización como un crimen con independencia de los delitos fin, entonces cabría la posibilidad de estimar que, por ejemplo, la organización terrorista es una preparación para los delitos de lesiones, asesinato y demás. Otro sector estima precisamente lo contrario, que la asociación ilícita en cuanto a su punición, implica un adelantamiento de la barrera penal²¹⁶⁹. Esta es la postura que aquí se ha venido defendiendo y que modernamente pertenece a una de las técnicas más características del Derecho penal del enemigo.

En algún momento, como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la asociación ilícita llegó a ser propuesta como una tentativa, sin embargo, esta postura no tuvo mayor eco en la doctrina y se determinó finalmente que la asociación ilícita no era una manifestación de la tentativa con respecto al programa delictivo que se tenía²¹⁷⁰.

Volviendo al tema de la conspiración y los delitos de organización, aparentemente otro de los criterios que permiten su distinción radica en una “solidaridad” que ha de permear en la conspiración. En este sentido los conspiradores tendrán que auxiliarse entre sí y sin estas prestaciones no existiría un ánimo para

²¹⁶⁴ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 75.

²¹⁶⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 75.

²¹⁶⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 75.

²¹⁶⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 76.

²¹⁶⁸ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 167.

²¹⁶⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 167.

²¹⁷⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas*, op. cit., pág. 168.

emprender la tarea delictiva²¹⁷¹. De esta manera, vaporosamente, en la conspiración ha de permear una suerte de apoyo moral entre los implicados, como el grupo de niños que no entra a la piscina hasta que uno toma la resolución de hacerlo y motiva a los demás. Esta situación no ocurre en la asociación ilícita donde no aparece este componente de vinculación y dependencia entre participantes²¹⁷², sino que se da otro fenómeno de aportaciones que ya ha sido explorado ampliamente en este trabajo.

De forma sintética, la conspiración es una comunidad, mientras que, conforme a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, la asociación implica un Estado (antiestado)²¹⁷³. La cuestión se torna interesante por que la organización terrorista es una fusión, entre una comunidad y el antiestado. Al hablarse de este último fenómeno se quiere decir que la asociación es lo que modernamente se denomina subsistema. Un modelo de injusto que, normativa y fácticamente, se impone como opuesto el Estado de Derecho como entidad antagónica. Sin embargo, en cuanto a la comunidad, también hay elementos que se comparten sobre todo en el plano de lo comunicativo. La llamada “comunidad normativa” que ha sido trabajada por CORCINO BERRUECO²¹⁷⁴ es un signo típico de las modernas organizaciones criminales, por lo que en el presente las organizaciones terroristas son injustos sistémicos que tienen una comunidad normativa y comunicativa. En este sentido la comunidad no puede ser exclusiva de la conspiración y esto se demuestra en la imputación de la conformación de la organización terrorista en términos del artículo 571.

En palabras más concretas, se puede afirmar que conforme a la regulación presente, al castigar la conspiración de la conformación, *se está sancionando el acuerdo para poder organizarse con la finalidad de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, vulnerando el orden público y la vigencia de la norma*. Como se puede apreciar el retroceso en los actos preparatorios es excesivo y confuso.

El tema se torna aun más complicado cuando, conforme a la remisión que hace el artículo 579.1, se explora el fenómeno de la conspiración a la luz del grupo criminal. El tema es problemático porque si bien es cierto que la conspiración requiere de un acuerdo, porque sin este sencillamente es imposible hablar de actuación concertada, es muy difícil encontrar dicho elemento dentro del grupo criminal debido a que la norma misma señala en el segundo párrafo del apartado 1 del 570 ter que “se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada de y reiterada de faltas”.

En este sentido, si el grupo criminal se caracteriza por que su actuación no es organizada, ni permanente, ni hay una finalidad delictiva planeada anticipadamente como teleología estructural del grupo, entonces ¿dónde puede tener cabida la conspiración y la actuación concertada que es fundamental para su existencia? El grupo terrorista, entonces estaría aun más a expensas del Estado a través de la conspiración. En otras palabras, si ya en la conspiración había un relajamiento excesivo de los requisitos para la intervención punitiva, en el grupo criminal ello queda acentuado de

²¹⁷¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 76.

²¹⁷² CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 76.

²¹⁷³ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 76.

²¹⁷⁴ Vid. página 107 de este trabajo.

forma aberrante. La situación actual demuestra un incremento del punitivismo que se aleja de la idoneidad desestabilizadora que se requiere para justificar un adelantamiento tan agresivo. El grupo terrorista en sí, requiere de un acuerdo mínimo, porque su actuación es casi espontánea, por lo que habría un conflicto normativo importante debido a que conspiración y grupo criminal son prácticamente lo mismo formalmente hablando. Ello en razón a que requieren una pluralidad de personas (dos o más en conspiración, tres o más para grupo criminal), la conspiración no requiere de estructura, tampoco el grupo criminal. Entonces si la conspiración se distingue de la asociación ilícita por su carencia de estructura, resultan idénticas las figuras del acto preparatorio punible (conspiración) y el delito de grupo criminal.

En cuanto a la participación de los sujetos, CUELLO CONTRERAS, citando a GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, lleva a cabo una distinción entre aquellos sujetos que intervienen en la conspiración y aquellos que lo hacen en la asociación, en el primer caso los sujetos conciertan y en el segundo se afilian, de tal suerte que no basta con pertenecer a la conspiración²¹⁷⁵.

CUELLO CONTRERAS estima que existe una suficiente distancia diferenciadora entre la conspiración y la asociación ilícita debido a sus naturalezas²¹⁷⁶. Sin embargo, el mismo autor resume su estudio de la siguiente manera que entra en contradicción, por ello se cita textualmente: “Dadas las peculiaridades del delito de asociación que prácticamente está constituido por la incriminación de conductas de participación en ella, así como el castigo específico de la tentativa de una de sus moralidades, invita a entender que no cabe aplicar a este delito las normas generales de participación, y menos aún las previas al comienzo de la ejecución, entre ellas la conspiración. Y todo ello porque sería adelantar demasiado la barrera de incriminación”²¹⁷⁷. La técnica criticada por el autor es la que actualmente se encuentra vigente en el artículo 579.1.

A pesar de ello hay otros segmentos de la doctrina que aceptan la extensión del castigo a los actos preparatorios conforme a la antigua redacción del 571 hoy 572²¹⁷⁸. No debe pasar desapercibido que el actual artículo 571 es nuevo y contempla una conducta de naturaleza sistémico-conformativa, que no existía en la regulación anterior, por lo que se abre un interesante espacio para la disertación. Sin embargo, en el caso de la cooperación a la asociación ilícita, sí se reconoce que hay un alejamiento muy importante en cuanto a la afectación del bien jurídico por lo que se rechaza la doble anticipación²¹⁷⁹. Esta aparente contradicción no lo es en realidad, sino que responde a la redacción anterior a la reforma de 2010 cuando no se había integrado el delito de conformación de organización terrorista. En la actualidad conforme a los argumentos planteados, seguramente se llegaría a la misma conclusión que en la asociación ilícita, es decir, que hay un adelantamiento excesivo, porque lo trascendente es la estructuración de un sistema de injusto que ya por su propia y especial naturaleza desestabilizadora requiere aceleración como tipo autónomo de anticipación, perteneciente a la parte especial.

²¹⁷⁵ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 77.

²¹⁷⁶ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 78.

²¹⁷⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración*, op. cit., pág. 80.

²¹⁷⁸ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada, 2004, págs. 141-142.

²¹⁷⁹ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios*, op. cit., pág. 149.

Consideramos que es importante agregar que esta problemática demuestra una vez más que en materia de delitos de organización, ya no es posible aplicar los mismos criterios de la teoría general del delito. Es necesario asumir el cambio de paradigma que esta clase de conductas implica, mismo que se expresa a través del Derecho penal del enemigo depurado y limitado. El adelantamiento ha de ser ponderado y absolutamente excepcional ya que de estos límites depende la permanencia de un Estado de garantías.

Ahora, piénsese en lo que sucede con el grupo criminal; si ya de por sí la doctrina ha estimado que la conspiración para la asociación ilícita implicaba un adelantamiento excesivo, en el grupo criminal el adelantamiento se torna insoportable.

El tema relativo al acuerdo, como elemento esencial de la conspiración, tampoco tiene una dirección clara conforme al texto legal debido a que la norma no aporta elementos que permitan distinguir sus características²¹⁸⁰. Esta cuestión, en la opinión que aquí se defiende, fue determinada intencionalmente por el legislador para de esta manera dejar abierto un margen importante de discrecionalidad para dar entrada a la punibilidad en esta forma de actuación anticipada.

Sobre las modalidades del concierto, se estima que es aceptable “cualquier modalidad lo suficientemente expresiva” sobre la intención de ejecución del delito²¹⁸¹, de tal suerte que de la demostración objetiva del acuerdo queda en el aire prácticamente.

Estas cuestiones tienen importante relación con el grupo criminal debido a que conforme a la redacción del tipo, este tiene como característica la *perpetración concertada de delitos y faltas*, es decir, se incorpora directamente el verbo rector “concertar”. El concierto necesariamente va de la mano con el acuerdo como mínimo organizativo, de tal suerte que la brecha de por sí ya tenue entre conspiración y grupo criminal ahora ya ha desaparecido prácticamente. El mínimo cuasi-estructural que se requiere también se comparte en ambas figuras. Entonces, en un ejemplo práctico; cinco sujetos se encuentran haciendo un botellón y deciden entrar a un almacén para sustraer dos botellas de vino que requieren para seguir con su celebración, ¿se está en presencia de conspiración o de grupo criminal?

La práctica jurisprudencial de los máximos tribunales en México, versados en el tratamiento de los delitos de organización debido a las especiales características de la delincuencia en aquel país han tomado diferentes consideraciones en estos menesteres que bien valen la pena adherir al tema que se explora:

SCJN, Primera Sala, Tesis Aislada, PANDILLA, DELITO COMETIDO EN ASOCIACIÓN DELICTUOSA NO CONFIGURADA. “Si no se advierte que el inculpado se hubiera organizado con los demás coacusados con el fin exclusivo de cometer infracciones penales, o bien, que hubiera constituido una banda más o menos permanente con fines delictuosos, sino que lo que hubo realmente fue un acuerdo momentáneo entre el aludido acusado y los demás coacusados para ejecutar un ilícito determinado, técnicamente es correcto considerar cometida la infracción en pandilla, pues esta Primera Sala ha considerado que la asociación delictuosa requiere de una organización con cierta permanencia y con fines delictuosos de acuerdo a un régimen previamente determinado”.

²¹⁸⁰ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios*, op. cit., pág. 180.

²¹⁸¹ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios*, op. cit., pág. 183.

Puede afirmarse que la pandilla es la figura equivalente al grupo criminal porque comparten los mismos elementos y en la práctica tienen las mismas dificultades. En la resolución transcrita, el órgano jurisdiccional ha estimado que conforme a los hechos contenidos en los autos, se desprende la existencia de un “acuerdo momentáneo” como núcleo cuasi organizativo de la pandilla y menciona que la asociación delictuosa requiere cierta permanencia y un plan estructural trazado anteriormente. Es importante subrayar que conforme a la normativa mexicana, no es posible equiparar la asociación delictuosa a la antigua asociación ilícita española, sino que esta última ha de equipararse a la moderna organización criminal. En México existen tres niveles de imputación: pandilla, aunque en realidad no es un delito autónomo sino que opera como agravante (grupo criminal), asociación delictuosa y delincuencia organizada que son equivalentes y que corresponden a la asociación ilícita/modernamente organización criminal en España. Al margen de estas aclaraciones, la cuestión que hay que resaltar es que el tema del acuerdo no requiere de mayor estabilidad, sino que con el mínimo de concierto basta para acreditarse la pandilla, situación idéntica a lo que acontece con el grupo criminal.

En cuanto a la distinción que se debe llevar a cabo para poder distinguir entre la conspiración (que en este caso se toma como un delito autónomo así tipificado directamente en la parte especial, que es un método legislativo distinto al empleado en España), los tribunales mexicanos han concluido que: SCJN, Primera Sala, Tesis Aislada, CONSPIRACION, ELEMENTOS DEL DELITO DE. “Del actual texto del artículo 141 del CP, aplicable en materia federal, el cual se encuentra comprendido en el Título Primero del Libro Segundo, precepto que se ocupa de los delitos contra la seguridad de la Nación, se advierte que el delito de conspiración se integra con los siguientes elementos: a) un acuerdo o concierto de dos o más personas para cometer alguno de los delitos comprendidos en el título mencionado, y b) un acuerdo complementario respecto a los medios de llevar a cabo aquélla determinación. La adecuada interpretación del texto del artículo mencionado ha llevado a establecer que en él se recoge un tipo penal de los denominados de "resultado cortado" o "resultado anticipado", ya que en estricto rigor la ley ha elevado a la categoría del delito autónomo una mera resolución manifestada, respecto a la comisión futura de otras conductas, atentatorias éstas, de la seguridad de la Nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje). En este orden de ideas, el delito de conspiración requiere, para su demostración plena, no sólo de un franco y positivo acuerdo para llevar a cabo alguno de los delitos ya citados, sino además que tal acuerdo abarque la concreción de los medios de ejecución del delito o delitos propuestos, sin que se advierta de la descripción legal la necesaria comisión del delito específico. En consecuencia, es elemento esencial de la conspiración el concierto criminal, con independencia de los actos de ejecución o el grado de ésta a que se llegue. Como mera resolución manifestada, el delito de conspiración exige, sin embargo, la prueba fehaciente del acuerdo o concierto tomado y de la concertación de los medios pertinentes para llevar a cabo el o los delitos concretos ya señalados”.

Lo trascendente de la tesis consiste en que para el delito de conspiración, el elemento neurálgico se encuentra en el “concierto criminal”, situación que también es de la máxima importancia para la figura en España y se estima que en el delito mismo ya hay una anticipación de la barrera de punibilidad. En cuanto a su elemento estructural, existe una pluralidad de sujetos y dos niveles de acuerdo. En el primero se acuerda la comisión del delito, como en la legislación española, y el segundo se planean

los medios para llegar al objetivo planeado, mismos que deben de estar plenamente acreditados en el terreno de lo probatorio.

Por último, una breve resolución que distingue entre asociación delictuosa y conspiración. SCJN, Primera Sala, Jurisprudencia, ASOCIACION DELICTUOSA Y CONSPIRACION, CUERPO DE LOS DELITOS DE “Si a un inculpado se le imputan los delitos de asociación delictuosa y conspiración y de las constancias de autos aparece que el grupo organizado por aquél, no se integró para delinquir en términos generales, que es lo que distingue a la asociación delictuosa, sino para derrocar al gobierno mexicano, no se acredita el cuerpo del delito de dicho ilícito, sino la hipótesis prevista para la conspiración”.

Las cuestiones relativas al acuerdo son, como se puede observar, el núcleo que ha de permitir distinguir los extremos normativos de cada una de las figuras que se han venido estudiando.

El tema es que volviendo a la legislación penal española, la semejanza entre la conspiración y el grupo criminal es realmente alarmante sobre todo porque la distinción no puede quedar resuelta atendiendo a la “naturaleza” de las dos figuras como parte de la literatura quiere establecer. En la práctica los problemas pueden llegar a multiplicarse. En España, a diferencia de México, el grupo criminal no es una agravante sino que es un delito de organización autónomo en términos del artículo 570 ter. El estudio de los actos preparatorios punibles ha desvelado que el grupo criminal es un delito de organización que no requiere elemento organizativo, lo que es a todas luces un error y una incongruencia que plantea serias dificultades, como se ha venido exponiendo, para el sistema de la parte especial.

Continuando con el estudio de los actos preparatorios, sin los cuales sería bastante complicado poder llegar a conclusiones adecuadas sobre la tentativa en el delito de conformación de la organización terrorista, otra de las formas de emprendimiento conforme a la que es posible cometer el delito de conformación es la llamada provocación²¹⁸².

B) Provocación

La provocación para conformar una organización terrorista es punible por remisión directa del artículo 579.1 generando un interesante campo de estudio para la conducta terrorista que hemos venido explorando.

Conforme a la letra de la ley, la provocación que se encuentra contenida en el artículo 18 existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito.

En relación directa con la conformación de la organización terrorista, sin duda la provocación tiene cabida en la conducta consistente en “promover” la construcción del

²¹⁸² Aunque el artículo 579 en su redacción contenga en orden de atención primero la provocación luego la conspiración y finalmente la proposición, en el trabajo se ha optado por iniciar con la conspiración debido a las especiales características que posee y su trascendencia para el tema de la organización y grupo criminal terrorista.

injusto sistémico. Ya se ha hablado antes y se ha ejemplificado el tema de la promoción sobre todo a través de la propaganda terrorista, por lo que a primeras luces, sucede lo mismo que ya ocurrió en la conspiración, es decir, un doble tratamiento de un mismo fenómeno.

Como lo señala la doctrina, el destinatario de la provocación al no estar definido ha de ser considerado como “amplio e indeterminado”²¹⁸³. De esta manera toda la sociedad, en general, puede llegar a ser destinataria del mensaje emitido por la organización terrorista.

Teóricamente se ha debatido mucho sobre la naturaleza jurídica de la provocación y las discusiones han versado entre estimar si esta es un acto preparatorio del delito o una participación intentada²¹⁸⁴, temática que a pesar del interés que despierta, no es posible abordar en este momento. La postura que aquí se plantea es que la provocación modernamente es un acto preparatorio punible que refleja la política legislativa de anticipación que ha elegido el legislador español. En otras palabras, ha de ser explorado como una herramienta de anticipación de la barrera de protección.

La incitación, como elemento del tipo, significa una invitación para la comisión del delito, que en este caso tiene las mismas características que cualquier actividad de promoción. La propia naturaleza de estas acciones así es, de tal suerte que ontológicamente la provocación y la promoción de la conducta conformativa terrorista son la misma cosa.

Sobre los elementos de la provocación, para la temática que aquí se explora, resulta interesante un análisis del medio a través del cual se emite el mensaje desautorizador. El medio de comunicación que se elija no está determinado taxativamente en el tipo porque la cláusula de “o cualquier otro medio de eficacia semejante” deja abierta la ventana a que modernamente se pueda cometer terrorismo organizativo incluso por medio de internet. La red se ha convertido en un verdadero dolor de cabeza para la legislación a nivel mundial, y los esfuerzos por controlar la actividad cibernética no han llegado a buen puerto todavía. En el internet se pone aún más de manifiesto el problema de la anonimidad de los contactos sociales y sus repercusiones en el mundo social *tradicional*. Específicamente las redes sociales en la actualidad ya juegan un importante papel en la vida social. Son herramientas de tal potencial comunicador que ya fueron utilizadas para organizar el atentado del 11-M²¹⁸⁵.

De esta manera si un sujeto cuelga un video en la red, o construye un espacio (página de internet, blog, etc.) puede llamar a formar parte de una agrupación terrorista con facilidad. El legislador ha detectado que los medios de comunicación pueden ser utilizados como herramienta para el terrorismo.

²¹⁸³ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios*, op. cit., pág. 239.

²¹⁸⁴ REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo CP*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 74-78.

²¹⁸⁵ “ (...) la configuración final de la red terrorista, se produjo a través de las redes sociales que facilitaron el contacto y el conocimiento entre sus miembros, y que muy probablemente orientaron su conducta hacia la preparación de los atentados”, en Javier JORDÁN, “La naturaleza cambiante de las organizaciones terroristas. Una aportación desde el análisis de redes sociales”, en *UNISCI Discussion Papers*, núm. 20, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009, pág. 11.

Sin embargo, a pesar de la evidente publicidad que requiere el mensaje, en el sentido que su difusión debe ser pública, hay autores que no comparten esa perspectiva. Como muestra están las disertaciones de REBOLLO VARGAS, quien opina que debido a la cláusula *cualquier medio de eficacia semejante*, caben incluso las incitaciones en el ámbito de lo privado²¹⁸⁶. Esta opinión no parece ser la más adecuada desde el punto de vista de la anticipación penal. La razón es que implica la posibilidad de que el Derecho penal se anticipe aún más, rayando en la invasión a esferas de la vida privada. Un ejemplo de legislación altamente agresiva sobre los medios de comunicación se encuentra en el *acta de autorización fiscal de inteligencia* (Fiscal Intelligence Authorization Act) del año 1999 como parte de la legislación antiterrorista de los EE.UU., que otorgaba amplias facultades al FBI para intervenir comunicaciones y a los medios de comunicación²¹⁸⁷. Esta medida es un ejemplo paradigmático de excesiva anticipación en el país que abandera las libertades ciudadanas.

La promoción de conductas terroristas orientadas hacia la formación de una estructura criminal implica una difusión pública del proyecto. En la provocación, también sucede un fenómeno semejante²¹⁸⁸. El propio texto legal así lo exige, de tal suerte que la coincidencia con el o los actos de promover conforme al modelo de imputación del artículo 571, se fundamenta en que en ambos casos, la manera en la que se ha de llevar a cabo la promoción del mensaje, es decir, a través de los medios de comunicación, han de ser los mismos. En un ejemplo muy sencillo, si un sujeto elabora un desplegado citando a una reunión pública armada para conformar una banda que dé un “escarmiento” al gobierno, a través de cartas repartidas a domicilio, se está ante la hipótesis de promover la conformación de una organización terrorista, o ante, conspiración para conformar el injusto.

Si se atiende a criterios de punibilidad para aplicar el precepto menos doloroso para el justiciable, el *in dubio pro reo* arrojará como resultado, siempre, la aplicación del 579.1 porque reduce a pena inferior a uno o dos grados. Pero el problema va más allá de esta situación porque implica dificultades generadas por la súper anticipación punitiva que se traducen en la existencia de momentos tales como “actos preparatorios de la iniciación provocadora, tentativa de incitación e incitación frustrada”²¹⁸⁹. Esta clase de planteamientos, además de crear una espiral infinita de posibilidades causales, se alejan profundamente del sentido normativo del riesgo permitido y extingue la idoneidad desestabilizadora que debe de ser el fundamento de una figura acelerada como la provocación.

No debe pasar desapercibido que como lo señala parte de la doctrina especialista en anticipaciones, los actos preparatorios punibles son una forma extrema de anticipación²¹⁹⁰, y pareciera que cada una de sus especies implica una mayor intensidad de la misma. En este sentido, la provocación se aleja de la inseguridad cognitiva y raya en comportamientos socialmente adecuados.

²¹⁸⁶ REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación*, op. cit., pág. 85.

²¹⁸⁷ VERVAELE, John A. E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿inter arma silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 23. Vid. Fernando MIRÓ LLINARES, “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo”, op. cit., págs. 202-206.

²¹⁸⁸ BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios*, op. cit., pág. 241.

²¹⁸⁹ DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La provocación para cometer delito en el Derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del CP)*, EDERSA, Madrid, 1986, pág. 308.

²¹⁹⁰ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág.57.

Es doctrina firme que el legislador ha establecido que no en todos los delitos habrá de entrar en acción el mecanismo punitivo de los actos preparatorios, es decir, que sólo han de ser castigados de manera excepcional por motivos de política criminal y criterios tales como la importancia del bien jurídico o la peligrosidad de la conducta²¹⁹¹. No obstante, en el caso de la provocación para conformar la organización terrorista, jurídicamente no hay un motivo real de peligrosidad para otorgar validez a una anticipación. Lo anterior además del conflicto que se presenta en relación con los actos de promoción como criterio de imputación en el delito de conformación organizacional terrorista. En ese sentido tampoco estimamos que sea correcto que en la provocación se sancione anticipadamente la conformación de la organización terrorista debido a que dichos supuestos ya se encuentran previstos en el artículo 571 imputando las acciones de promoción.

C) **Proposición**

Finalmente conforme al artículo 579.1, la conformación de la organización terrorista también puede ser punida a través de la proposición, categoría que se encuentra regulada en el artículo 17.2 señalando que “la proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo”. La redacción del tipo es tan abierta que requiere un estudio pormenorizado de sus breves, pero complejos elementos.

En principio, en una sociedad que se compone de comunicaciones, los mensajes deberían tener una libertad absoluta para viajar entre emisores y receptores en un Estado que se digne de ser medianamente democrático. Sin embargo, las libertades no pueden ser consideradas como absolutas y han de ser limitadas para posibilitar la libertad comunicativa de los demás. No obstante, en el caso de la proposición francamente el legislador ha ido demasiado lejos especialmente en relación con los delitos de organización terrorista.

El mensaje que emite un sujeto no tiene mayores características conforme a la redacción del artículo, de donde se desprende que podrá hacerse a través de cualquier medio, siempre y cuando no se configure el tipo de provocación. En la práctica lo usual es que la proposición se lleve a cabo a través del lenguaje hablado. La relevancia acerca de la aceptación de la propuesta carece de importancia²¹⁹². La proposición para crear una organización terrorista es lo que se pune independientemente de su aceptación. Esta circunstancia significa que no es trascendente el peligro objetivo que debe servir como justificación de toda medida de anticipación penal. Ello porque se sanciona una propuesta que puede no llegar a estar sostenida en ninguna realidad objetiva. En la vida social y siguiendo el sentido común, lo peligroso que debe de servir como base de la anticipación debería de requerir por lo menos una aceptación. Con la proposición ello no es necesario, por lo que sólo importa lo que se dice y no lo que se hace.

La invitación ha de hacerse para cometer el delito a título de autor²¹⁹³, sin embargo, ello plantea problemas acerca de la tipificación de la proposición en el caso

²¹⁹¹ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, María Isabel, *El moderno Derecho penal*, op. cit., pág. 58.

²¹⁹² SÁNCHEZ JUNCO MANS, Javier, “De la infracción penal, *iter criminis* (arts. 15 a 18)”, en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *CP comentado*, op. cit., pág. 85, en el mismo sentido RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Lib.I-Tit. I. De la infracción penal”, op. cit., pág. 81.

²¹⁹³ RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Lib.I-Tit. I”. De la infracción penal”, op. cit., pág. 81.

del 571.2 que contempla la participación activa/formar parte, de tal suerte que también puede llegar a comprender dichas formas de intervención. Ello conforme a la remisión que hace la norma en el artículo 579.1. La invitación ha de ser de mayor entidad que un simple consejo²¹⁹⁴.

Sobre la contundencia de la decisión que justifica la invitación a delinquir, la literatura le ha otorgado un fuerte valor, de manera que la firmeza en la decisión para cometer el delito es lo importante²¹⁹⁵. Dicha cuestión difícilmente puede traducirse en alguna demostración objetiva, a menos que el tono de voz, volumen y demás elementos que rayan en un naturalismo excesivo, sean tomados en cuenta. De esta forma, con estos elementos se antoja complicado sancionar a alguien por el delito de proposición de conformación de una organización o grupo terrorista.

QUINTERO OLIVARES, infructuosamente, trata de introducir el tema del infiltrado en relación a la proposición, temática que difícilmente tiene cabida en la idea que el legislador haya tenido al redactar el 17.2 del CP, además que simplemente deja el tema al aire y sugiere que la proposición sirve para provocar en otro la resolución delictiva y que este último sea el pillado y no el provocador²¹⁹⁶. El tema del infiltrado es cuestión de estudio en la antijuridicidad y no en el ámbito de los actos preparatorios, además de que no tiene realmente nada que ver en lo que se refiere a los extremos de los que se encuentra compuesto el tipo de proposición.

El criterio que atiende a la justificación de la proposición consiste en que tan repudiable es el primer acto de propuesta como la conspiración en sí, debido al desvalor que implica el pacto delictivo que se propone²¹⁹⁷. La problemática sobre este punto de vista se pone de relieve cuando la proposición se explora a la luz del delito de organización porque en esta clase de supuestos no se puede dejar de lado la cuestión del alejamiento en relación a la inseguridad cognitiva que debe justificar dicha distanciamiento. No parece aceptable que el adelantamiento de la barrera de punición descansa sobre la supuesta situación de igualdad que implica la proposición o la consumación en un mismo nivel. Proponer no tiene la suficiente fuerza desestabilizadora para autorizar la anticipación punitiva. En este sentido, la doctrina se ha olvidado del principio penal de *ultima ratio* para colocar, a través de la proposición, al Derecho penal como *primera ratio*.

“El proponente responde penalmente”²¹⁹⁸, ello no puede ser tolerado en materia de organizaciones terroristas porque habría que atender a las exactas palabras de lo que se ha de decir para entonces poder imputar la proposición al sujeto. Por ejemplo, pensando en un supuesto que bien puede suceder en los tiempos modernos; qué sucedería si un *indignado* por la situación actual de España, dice a tres amigos que la única solución es crear una sociedad que presione al Estado a través del miedo, ¿ello ya implica desautorización normativa?, desde el punto de vista que aquí se defiende, ello no es posible y constituye un exceso punitivo. Para que en un moderno Derecho penal

²¹⁹⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª. edic. aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZABAL MALARÉE, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994, pág.444.

²¹⁹⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Libro I: Título I”, op. cit., pág. 131.

²¹⁹⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Libro I: Título I”, op. cit., pág. 131.

²¹⁹⁷ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 332.

²¹⁹⁸ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 333.

resulten aceptables las anticipaciones penales ha de exigirse una desestabilización objetiva de la vigencia de la norma. Por otra parte, y lo que es más grave, cuando el legislador ha decidido castigar los actos preparatorios y en particular la proposición en relación con la organización terrorista, ha pasado por alto que el sujeto conformador adquiere un status de enemistad. Por lo tanto si se vincula al proponente con la organización terrorista, entonces puede llegar a afirmarse que la propuesta de organización lo tiñe como enemigo, con lo que se aceptaría que la autoexclusión también puede llevarse a cabo por actos de habla a un nivel de inestabilidad social extremadamente baja.

La literatura especializada señala que la proposición implica una invitación de quien ya se encuentra decidido a cometer el delito²¹⁹⁹, sin embargo, en el momento de la proposición la contundencia en la decisión es difícilmente demostrable objetivamente. La proposición va orientada hacia el reclutamiento de otros autores²²⁰⁰, de tal suerte que la figura también puede confundirse con la promoción del 571 y sobre todo con la constitución de la organización que se regula en el mismo numeral, por lo que de nuevo existe una densa neblina conceptual entre las tres figuras y que la doctrina no se ha pronunciado todavía sobre estos temas.

La propuesta delictiva ha de ser “seria” como hace referencia CUELLO CONTRERAS²²⁰¹, situación que una vez más lleva a un subjetivismo intolerable, porque si se habla de la desestabilización que produce la conformación organizativa del terrorismo, no se ha de tratar de tonos, modos, expresiones serias o demás, sino de actos objetivos que generen desestabilización verdadera. Es entendible que en materia de proposición la doctrina se ha esforzado para establecer ciertos márgenes, pero ello sólo pone de manifiesto que la proposición aplica excepcionalmente para determinados tipos, pero nunca para los delitos de organización. A diferencia de la promoción que se traduce en actos objetivos como la propaganda o la emisión de documentos audiovisuales, en la proposición todo queda en el aire.

La proposición, al igual que el resto de los actos preparatorios punibles, raya en la frontera del comportamiento socialmente aceptado y por ende del riesgo permitido. ¿hablar puede constituirse como una acción riesgosa? Naturalmente que la respuesta es afirmativa, decir cosas puede ser tan peligroso como hacerlas materialmente. A pesar de esta realidad innegable, la proposición y el riesgo permitido agudizan el debate en torno a estas cuestiones sobre todo en relación a la conformación del injusto sistémico en su modalidad terrorista.

El riesgo permitido es un reflejo de la conducta socialmente aceptada²²⁰², pero en la proposición relativa a la organización terrorista el límite conforme al riesgo no es fácil de establecer. Conforme a la teoría del rol social en el contexto de la sociedad normativizada, la expresión comunicativa que implica la proposición no puede alcanzar niveles desestabilizadores importantes. Incluso, si se hace un esfuerzo a través de las

²¹⁹⁹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 333.

²²⁰⁰ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 334.

²²⁰¹ CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, parte general*, op. cit., pág. 335.

²²⁰² MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009, pág. 358.

conceptualizaciones del riesgo permitido en un sentido amplio y estricto²²⁰³ tampoco será sencillo llegar a ponderar si la proposición es reprobable socialmente.

De esta manera, sólo en algunos supuestos que prácticamente son de laboratorio la proposición puede llegar a rebasar los parámetros de tolerabilidad social que dan forma a la categoría del riesgo aceptado. Por ejemplo, en el caso de un soldado que en plena acción militar, propone la deserción colectiva. En este ejemplo pudiera llegar a aceptarse que debido a las circunstancias no *ex ante* ni *ex post* es cuando el riesgo ha de actualizarse, debe ser en el momento presente en el que se hace la propuesta delictiva.

La proposición, como parte de los actos preparatorios pertenece a una fase embrionaria del delito²²⁰⁴, sin embargo, en materia de adelantamiento, el embrión es sancionado con excesiva anticipación, alejándose del riesgo desautorizado socialmente, por lo menos como propuesta *de lege ferenda*. La problemática, también, se extiende hasta los principios generales esenciales para el Derecho penal, de manera que los actos preparatorios punibles representan una vulneración al principio de intervención mínima²²⁰⁵. Dicha circunstancia se ve subrayada a la luz de la reforma de 2010 y la creación del artículo 571.

Sobre su naturaleza jurídica, parte de la doctrina considera a esta figura como delito autónomo en sí mismo²²⁰⁶. La estimación tiene importante relevancia como reflejo del adelantamiento excesivo. La proposición, así como la conspiración y la provocación son en realidad tipos penales independientes a través de los que se castigan actos de preparación de otros delitos²²⁰⁷. De esta manera la proposición no es más que un reflejo de una mera propuesta de conformación delictiva, según el artículo 579.1 que sanciona la conformación de la organización terrorista en su génesis mínima. En otras palabras, no se castiga la proposición, sino la conformación de la organización. La proposición como parte de los actos preparatorios son extensiones de la punibilidad²²⁰⁸, pero dicha extensión llega incluso al absurdo; ello se debe a que la proposición es una “inducción anticipada”²²⁰⁹. Una inducción anticipada en cuanto a la conformación de la organización terrorista se aleja francamente del riesgo desautorizador de la norma.

No debe pasar desapercibido que los modernos problemas que plantea la realidad actual en cuanto a la responsabilidad de las entidades colectivas, entre ellas, la organización criminal llevan a un cambio de paradigma en cuanto a la imputación de los riesgos jurídicamente desaprobados. De esta manera habrá que sancionar no sólo a los sujetos físicos como autores materiales sino también a la organización como entidad independiente²²¹⁰.

²²⁰³ MARAVER GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza*, op. cit., págs. 359-360.

²²⁰⁴ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal parte general*, op. cit., pág. 406.

²²⁰⁵ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en Luis ARROYO ZAPATERO / Ulfrid NEUMANN / Adán NIETO MARTÍN, *Crítica y justificación en el Derecho penal en el cambio de siglo. Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2003, pág. 243.

²²⁰⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal, parte general*, 4ª. edic., Akal, Madrid, 1997, pág. 336.

²²⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal*, op. cit., pág. 379.

²²⁰⁸ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 333.

²²⁰⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte general*, op. cit., pág. 445.

²²¹⁰ TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, traducción de Diego INIESTA, en Juan Luis GÓMEZ COLOMER / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Publicaciones de la Universidad de Jaume I, Castelló de la Plana, 1997, pág. 28.

Por otra parte no toda relación comunicativa hacia una organización terrorista ha de ser sancionada con contundencia, dicha situación es la que se presenta por medio de la provocación. En tal sentido se quiere decir que la fuerza de la comunicación desautorizadora de la norma no posee la suficiente entidad como para lograr dicho resultado.

IV.- Excurso: sobre la tentativa de conformación

Después del análisis acerca de la intromisión llevada a cabo por el legislador de manera por demás excesiva que se refleja en la punición anticipada de la conformación en los actos preparatorios punibles, sólo queda explorar si es viable una concreta tentativa de conformación en cuanto al injusto de sistema se refiere.

Ya se ha hecho mención que desde la perspectiva del sistema penal moderno, todas estas figuras constituyen parte del universo de las formas de extensión y anticipación de la punibilidad. Sin embargo, las acciones que no tengan una idoneidad comunicativa lo suficientemente desestabilizadora no pueden ser punibles de manera anticipada debido al problema sistémico y al quebrantamiento de los principios de intervención mínima que ello conlleva.

La propia y especial naturaleza del delito de organización contenido en el 571 hace complejo el establecimiento de una distinción entre el momento en el que determinados actos han de ser sancionables como tentativa de conformación. Ahora, desde un punto de vista circunscrito al Derecho positivo español, cabría afirmar que si el legislador ha decidido punir los actos preparatorios, entonces también la tentativa de conformación organizacional ha de ser posible máxime que la distancia entre la conformación y esta última figura es menor que la existente entre conformación y actos preparatorios punibles.

Desde un punto de vista teórico, en los delitos de mera actividad como en el de conformación que se ha venido estudiando, es posible una tentativa en relación a la temática de la vigencia de la norma porque, como se expuso al inicio de este capítulo, dicho clima normativo se ve perfectamente violentado en el delito intentado. La tentativa representa una evidente vulneración a la norma²²¹¹ Pero, el Derecho penal de las organizaciones terroristas ha de ir mucho más allá del concreto debate científico para situarse, también, en un plano realista muy concreto, debido a la enorme importancia que para el Estado mismo y la democracia tiene la regulación de tales conductas poseedoras del máximo poder desestabilizador.

Bajo este esquema, la doctrina no ha tenido claros pronunciamientos por lo que respecta al delito intentado de conformación organizacional terrorista. Sólo se han elaborado aproximaciones científicas a partir de otras conductas, que si bien es cierto se acercan notablemente en semejanza, también lo es que no entroncan con las características especiales que componen el artículo 571.

En busca de una frontera a partir de la que sea medianamente posible distinguir los actos de tentativa que pueden ser punibles, la doctrina especializada ha enfocado la

²²¹¹ JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Günther JAKOBS, *Moderna dogmática penal*, op. cit., pág. 501.

problemática desde la colaboración con la organización criminal. Dentro de este marco de estudio, la literatura tomó como punto de partida las aportaciones que se lleven a cabo, de tal suerte que sea requerida una aportación material que desborde los linderos del riesgo permitido²²¹².

Entonces, bajo ese esquema, la aportación en la colaboración con la organización terrorista ha de comenzar como punible cuando permita el fortalecimiento del propio injusto sistémico. El acto de colaboración adquiere importancia penal en el momento que se ofrece una ayuda y la misma se encuentra disponible para la banda²²¹³, ello desde el prisma de la tentativa, porque como se ha visto anteriormente, esta situación puede ya resultar relevante en la sede de los actos preparatorios punibles.

El acto de colaboración ha de contener tanta importancia que este sea un riesgo no permitido a través del favorecimiento que posibilita hacia la organización criminal²²¹⁴ y en ese momento es cuando la tentativa puede llegar a ser punible.

Desafortunadamente la problemática de la tentativa en los actos de colaboración se aleja de manera importante de la temática de la conformación de la organización criminal concreta. Ello se debe a que la colaboración tiene una especial regulación en el código con sus propias características que no pueden ser equiparadas al fenómeno único del artículo 571. Una cosa es el inicio de la colaboración y la otra el inicio de la conformación. La tentativa temporalmente tiene una inminencia, que JAKOBS delimita así: “ahora realiza el tipo”²²¹⁵, pero esta forma de delimitación no puede ser establecida en los delitos de mera actividad y mucho menos en los delitos de organización que ya de por sí tienen su propio mecanismo de anticipación.

En este sentido y para efectos de la presente investigación, sólo queda por concluir que en el delito de conformación de organización terrorista, hipotéticamente existe la posibilidad de contemplar la tentativa, pero al ser un delito de naturaleza anticipativa, cualquier acto tentado pierde sentido delictivo en la práctica. Aunque conceptualmente es posible la tentativa, esta no es punible debido a que para punir debe generarse inseguridad cognitiva, de tal suerte que es requerido un mínimo de peligrosidad típica que en el tipo no se consigue en el grado imperfecto.

²²¹² CANCIO MELIÁ, Manuel, *Los delitos de terrorismo*, op. cit., págs. 242-246.

²²¹³ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 373.

²²¹⁴ LLOBET ANGLÍ, Mariona, *Derecho penal del terrorismo*, op. cit., pág. 374.

²²¹⁵ JAKOBS, Günther, “Representación del autor e imputación objetiva”, op. cit., pág. 501.

CONCLUSIONES

1. Los dos primeros capítulos representaron una cierta complejidad en cuanto a la delimitación de los temas a abordar. Al tener un cometido mayoritariamente sociológico se corría el riesgo de desbordar los linderos del objeto de investigación (la organización terrorista como un modelo de Derecho penal del enemigo). Sin embargo, no fue posible pasar por alto los temas abordados. Así las cosas, se procedió a examinar un marco conceptual, criminológico y victimológico en relación directa con el fenómeno del terrorismo para, a continuación; dar tratamiento al potencial comunicativo del mismo. Dichos temas son trascendentes a nivel del estudio global del terrorismo y por ende de la conformación de organizaciones criminales de dicha naturaleza.

El examen de la subcultura de la violencia resultó tener gran similitud con aquello que se abordaría posteriormente en la temática del injusto sistémico. El terror es elemento fundamental de cualquier tipo de fenómeno desestabilizador que maximice la violencia con una finalidad política. De la misma manera, la dificultad conceptual que conlleva el estudio del terrorismo nos ha permitido concluir que no existe una definición lo suficientemente precisa de tal suerte que pueda abarcar la complejidad del fenómeno. Sin embargo, sí existen importantes aproximaciones que permiten diferenciarle frente a fenómenos criminales semejantes (organizaciones criminales, mafia, cárteles de la droga, pandillas, movimientos revolucionarios).

En cuanto a la parte criminológica y victimológica, en ambos rubros se pudieron conocer los principales estudios encargados de interpretar el fenómeno sin que sea posible, todavía, explicar por qué un sujeto abandona el sistema de expectativas sociales para introducirse en el universo de la organización terrorista, siendo relevantes para esa decisión una multiplicidad de factores que hacen prácticamente infinito el tema. Respecto a la víctima, la misma puede ser anónima o determinada principalmente por la función de garante que se ejercen a través de ciertas profesiones. La utilidad del agente infiltrado se puso de manifiesto durante la redacción de la presente investigación así como el patente riesgo de victimización al que se encuentra expuesto.

En cuanto al vínculo entre política y terrorismo, hemos entendido que efectivamente el terrorismo persigue el menoscabo del sistema político por medio del cuestionamiento del poder que funge como vehículo comunicativo. De esta forma, se enfrentan la violencia y el poder político como espectros comunicativos opuestos. Asimismo por medio de la investigación hemos determinado que el terrorismo vulnera tanto al sistema político como al derecho mismo. Bajo el mismo contexto el análisis del terrorismo y los medios de comunicación puso de manifiesto la estrecha relación existente entre ambos sistemas. En este sentido el rol de informador debe quedar lo suficientemente definido para evitar la promoción de los atentados o de la conformación de organizaciones terroristas.

2. Por medio de la reforma al Código penal y la introducción del artículo 571, el Estado español ha dado un paso firme en su política criminal antiterrorista. La novedosa redacción del tipo criminaliza la conformación objetiva de la organización terrorista. Los elementos que contiene el artículo en comento se encuentran separados en cuatro

títulos de imputación consistentes en promover, constituir, organizar o dirigir. De esta manera, el legislador ha abierto una ventana de gran interés para la definición de tales acciones. Será trabajo de la doctrina y la jurisprudencia establecer los extremos de los que se compone cada una de las cuatro conductas.

En ese sentido, promover ha de ser entendido como un acto preparatorio autónomamente incriminado. Constituir ha de orientarse hacia dotar de cuerpo a la estructura; ambas conductas han sido clasificadas dentro de una subcategoría que hemos denominado actos fundacionales. Los dos títulos de imputación contienen dicho elemento comunicativo -el de fundación- que se circunscribe en el primer episodio conformativo de la estructura criminal. Desde el prisma temporal, promover y constituir forman parte de una etapa anterior a la existencia de la organización.

Posteriormente tendrán relevancia, una vez conformada la estructura, las acciones de organizar o dirigir. La primera se refiere a la distribución de roles mientras que la segunda puede llegar a intervenir en dicha designación así como realizar cambios desde la esfera de mayor importancia para el injusto. La acción de organizar tiene que ver fundamentalmente con funciones de asignación de tareas mientras que dirigir es un grado de naturaleza ejecutiva y máximo liderazgo. Evidentemente estos dos modelos de imputación sólo tendrán cabida una vez constituida la organización. No es posible organizar o dirigir la nada.

Volviendo a las cuatro conductas en conjunto, el legislador ha considerado que todas tienen el mismo peso a nivel de imputación. No ha distinguido entre los distintos grados de desestabilización que puede generar cada una de ellas. De esta manera se ha librado de la delicada tarea de otorgar una valorización diferente para cada conducta. Sin embargo, consideramos que a nivel de culpabilidad sí debe existir una importante distinción porque el grado de comunicación antisocial es diferente. Las cuatro acciones poseen una carga desestabilizadora muy importante pero aun así hay que establecer distinciones.

En otro sentido, el tipo del 571 ha incorporado una categoría nueva que hemos denominado macro organizaciones. El fundamento de su punición es el marcado sentido desestabilizador que producen en razón al incremento del su potencial lesivo. No obstante, la nueva figura adolece de defectos en cuanto a los extremos que la componen a tal grado que puede llegar a vulnerar el principio de legalidad. El legislador en un afán criminalizador por abarcar todo, ha establecido una serie de elementos objetivos que no brindan la mejor protección al ciudadano ni demuestran un técnica legislativa pulcra. Por el contrario, se ha disparado una maximización de elementos multicolores alrededor de los tipos maximizados.

Volviendo al ámbito legislativo, al incorporarse el injusto conformativo en el 571 se ha empleado la técnica de la remisión legal. Ello debido a que hay que explicar qué se entiende por organización y grupo criminal por lo que es inevitable atender sendas definiciones que se encuentra en una disposición legal diferente. El proceder del legislador no ha sido el más adecuado en este sentido.

Los cuatro modelos de imputación implican un importante cambio de paradigma en materia de combate a esta clase de injusto y son el reconocimiento de mayor

envergadura sobre la necesidad de un derecho penal de combate especializado a focos de peligro. La democracia y la protección del ciudadano son los valores esenciales que inspiraron al legislador español para la creación del 571 vigente, ello de acuerdo a la exposición de motivos de la reforma.

3. De conformidad al contenido material del injusto ha quedado demostrado que la doctrina no ha podido definir con claridad el tema del orden público. Se han elaborado infinidad de definiciones, categorías, y figuras afines sin que sea posible comprender todo lo que abarca. Los esfuerzos de la doctrina y la jurisprudencia no dejan de ser admirables y en algunos casos altamente novedosos. Sin embargo, la cuestión del orden público se encuentra muy lejos de llegar a su fin. Desde nuestro punto de vista la problemática del bien jurídico en general y en particular en el caso que nos ocupa debe atenderse partiendo de un cambio en el enfoque del análisis; en este sentido estimamos que las aportaciones de JAKOBS sobre la insuficiencia del concepto tradicional de bien jurídico son válidas. No obstante es imposible comprender el Derecho penal sin los bienes jurídicos como los entendemos actualmente. Estimamos que la teoría de POLAINO NAVARRETE que incorpora bienes jurídicos y vigencia de la norma, como un todo armónico, es coincidente con nuestras ideas. Tratándose particularmente del orden público, dicho concepto, como objeto de protección, también debe ser complementado con el de seguridad cognitiva, para de esta manera concebirlo como bien jurídico altamente normativizado. El terrorismo organizado ha de ser entendido, desde la perspectiva del objeto de tutela, como una conducta que conmueve las normas de flaqueo, cimientos normativos donde descansa la sociedad. La seguridad cognitiva tiene directa relación con este fenómeno desestabilizador al ser estimada, como ese clima donde los bienes jurídicos pueden existir. De esta manera estimamos que el objeto de protección en el artículo 571 ha de estar compuesto por el orden público y la seguridad cognitiva.

La seguridad cognitiva, la confianza en la vigencia de la norma es un presupuesto para la existencia de la sociedad. A pesar de su innegable existencia, durante la investigación hemos encontrado dificultades para comprender los extremos que abarca tan trascendental figura. La vigencia de la norma posibilita la vida ciudadana. En el caso de la conformación de la organización terrorista, hay una negación de la sociedad y una propuesta, violenta, de nueva configuración sistémica. La inseguridad cognitiva, además, tiene una profunda verificación empírica; sencillamente no puede haber vida social sin seguridad cognitiva. Con la elaboración de la investigación también hemos encontrado que todos los delitos contravienen la seguridad cognitiva, sin embargo, es la conducta conformativa del terrorismo la que aflige de modo por demás contundente.

La organización terrorista como desconfiguradora social tiene injerencia en el Derecho penal del enemigo. El grado de oposición a la norma es tal que se sitúa al interior de los márgenes de un derecho de combate a focos especiales de peligro. Con el trabajo de investigación se exploraron las posibilidades de demostrar que el grado de oposición a la norma es de tal magnitud que es factible considerar, desde un punto de vista científico, que la conducta de promover, constituir, organizar o dirigir una organización terrorista es derecho penal del enemigo. Los sujetos al encuadrar sus conductas en el tipo del 571 manifiestan objetivamente su decisión de autoexcluirse frente a la ciudadanía. De esta manera se invierte el aporte de seguridad, deber

ciudadano fundamental, para adquirir una oposición conceptual como prestadores de inseguridad.

Durante el análisis del tipo pudimos encontrar que el Derecho como sistema, a pesar de ser ignorado, en cuanto a su cualidad orientadora de conductas, es de la máxima importancia para la organización terrorista; el Derecho es su foco de atención debido a que es su principal objetivo a destruir. Así, si lo logra, estremecerá las expectativas alojadas en la norma. Entonces quedará demostrada la trascendencia del modelo de orientación para la conducta terrorista a nivel de interés para la organización.

Es importante exponer que para efectos de las presentes conclusiones, durante la elaboración de la investigación pudimos conocer las múltiples críticas que se han construido en torno al funcionalismo jurídico-penal. Se pudo comprobar que la literatura suele emitir juicios de valor sobre bases cognitivas poco sólidas. En otras palabras, existe un profundo desconocimiento, todavía, sobre las categorías que emplea el moderno funcionalismo. En el mismo sentido la mayoría de la literatura se ha expresado del Derecho penal del enemigo en ocasiones con un sorprendente desconocimiento de sus categorías esenciales.

4. La tesis doctoral brinda un espacio inmejorable para realizar una aproximación del paralelismo existente entre la empresa y la organización terrorista, llegando a concluir que ambas entidades comparten importantes características a nivel estructural. Modernamente es posible afirmar que las organizaciones terroristas son empresas delictivas. El nivel de profesionalización y los elementos que le dan firmeza a la estructura son idénticos a los de la empresa comercial lícita. Sin embargo, todavía queda pendiente explorar a mayor profundidad tan compleja temática.

Al trabajo fue incorporada una categoría propia del funcionalismo denominada injusto sistémico, elaborada por LAMPE, que aporta una conceptualización de la organización criminal desde un prisma sistémico y con un importante grado de abstracción. Conforme a sus investigaciones pudimos comprobar que la organización terrorista coincide con los postulados que dan forma a la teoría del injusto de sistema. En este sentido, la novedosa exploración de LAMPE aporta nuevas herramientas para la comprensión del fenómeno delictivo más destabilizador de la época moderna. El estudio de la organización terrorista como un sistema cerrado que tiene la violencia como medio comunicador fue realmente sorprendente.

5. Conforme se fue avanzando en el análisis del injusto de sistema fue necesario abordar la temática del adelantamiento de la barrera de punición. La razón encuentra su fundamento en el grado de especialización y de contundencia con el que es violentada la vida democrática. La literatura ha encontrado en el adelantamiento de la barrera de protección un nicho para la discusión crítica. El adelantamiento, conforme a nuestra investigación, es la construcción político criminal de mayor utilidad frente a los embates de la delincuencia organizada y en particular del terrorismo sistémico. Es una opción jurídica que permite el desenvolvimiento social de las personas en Derecho. Cuando entra en acción el mecanismo contrafáctico a través de la punición anticipada se emite un mensaje confirmador de la norma vigente. Es anticipado porque el Derecho ha de prevenir el daño frente a la lesión en la seguridad cognitiva y el orden público. Es anticipado porque basta con que la organización se ponga en marcha a través de promover, constituir, organizar y dirigir, para que el Derecho penal tenga legítima

injerencia contra el injusto. El adelantamiento, conforme a los resultados de la investigación, resultó ser más común de lo que suponíamos al inicio de la tesis; se encuentra presente en varias figuras como la tentativa, los delitos de posesión e incluso tiene una interesante semejanza con ciertos aspectos de la legítima defensa. El adelantamiento implica comunicación y defensa del Derecho. Es importante señalar que el hecho de que esta política criminal es más común de lo que generalmente se piensa, no significa que a su estudio deba restársele importancia. Por el contrario, el adelantamiento de la barrera de protección debe ser excepcional y para que esta opere debe estar comprobado el estatus de enemistad aportado por los sujetos implicados. Las normas de Derecho penal del enemigo, en democracia, han de formar parte de un reducidísimo complejo legal. El adelantamiento, por su especial contundencia, ha de ser absolutamente excepcional. En este sentido hay que reconocer que el Derecho penal del enemigo ha de requerir de límites bien definidos.

El adelantamiento o aceleración de la barrera es, sin duda, una muestra del fenómeno de expansión que vivimos actualmente. Pero dicha expansión ha de formar parte de un incremento racional de las medidas de combate al crimen organizado. El límite al adelantamiento se encuentra en la esfera interna de cada uno de los sujetos que forman parte del cuerpo social. El Derecho penal del enemigo desmitificado habrá de tener como lindero la esfera interna del sujeto. Para ello se exige indiscutiblemente que la desestabilización que se motiva el adelantamiento sea comprobable objetiva e indudablemente. A pesar de ello no somos ajenos a la problemática que ello conlleva en la práctica, sin embargo, es importante esgrimirlo a nivel de conclusiones. Conforme se progresó en la investigación fue posible percatarse del profundo sentido victimológico que tiene el Derecho penal del enemigo ya que por medio de la anticipación de la barrera de protección se consigue evitar la generación de víctimas.

En relación particular a los trabajos de JAKOBS / POLAINO-ORTS fue posible determinar que el Derecho penal del enemigo es sólo un segmento de toda la obra del moderno funcionalismo que tanto eco ha tenido en España. Identificar a JAKOBS / POLAINO-ORTS exclusivamente con el Derecho penal del enemigo implica desconocer gran parte de sus obras que en conjunto dan forma y sentido a la concepción funcionalista del Derecho y la sociedad. La terminología que emplea el funcionalismo tiene cierto grado de complejidad. Sucede lo mismo con el Derecho penal del enemigo, especialmente porque se le vincula con conceptos bélicos. Ello no puede ser considerado como un razonamiento correcto porque lejos de aclarar confunde.

Durante la investigación nos percatamos que gran parte de la doctrina crítica ha concentrado sus esfuerzos en equiparar el Derecho penal contra focos desestabilizadores con una batalla en términos armamentísticos. El Derecho penal del enemigo emplea categorías simbólico-descriptivas para explicar el fenómeno de la delincuencia más grave. Decir que el Derecho penal del enemigo es legislación de combate es algo correcto, pero no es válido extender la problemática a un conflicto armado real en el plano fáctico. La barrera de protección permite que las personas puedan desarrollarse con libertad y seguridad en una sociedad de riesgos que cada día se va expandiendo entre la anonimidad de los contactos sociales.

6. La temática de los elementos subjetivos del injusto tuvo gran importancia a lo largo del trabajo por las especiales características contenidas en el artículo 571 del CP. Los dos elementos, subvertir el orden constitucional y alterar gravemente la paz pública,

son dos requisitos esenciales para determinar si la conducta encuadra en la organización terrorista o en la organización criminal lisa y llana. Después de su estudio, se ha llegado a la conclusión que en el delito de organización terrorista los elementos subjetivos del injusto abren la posibilidad de clasificarle dentro de los llamados delitos de resultado cortado. También es importante señalar que no es posible concluir que subvertir el orden público o alterar gravemente la paz pública sean los bienes jurídicos que se defienden en la norma a pesar que cierto segmento de la literatura así lo estime.

7. En cuanto al tema de las causas de justificación el examen de las mismas arrojó ciertos resultados que fueron realmente sorprendentes. De entrada es inobjetable que el Estado no puede permitir que la organización terrorista tenga una existencia amparada en alguna causa de justificación. Sin embargo, se optó por fundamentar dicha argumentación. La legítima defensa al compararse con la reacción punitiva del Estado aparentemente tiene semejanza. No obstante cuando se profundiza el estudio dicha posibilidad decae a pesar que en el fondo ambas figuras defienden la expectativa defraudada. La legítima defensa, a pesar de ser un tipo permisivo, no puede entenderse como una patente de corso que autorice la conformación de un sistema de injusto terrorista. La misma situación ocurre con el estado de necesidad y el resto de las causas de justificación. Fuera de la legítima defensa y el estado de necesidad, resultó complicado construir un vínculo ente tipos permisivos y la conformación de la organización terrorista.

La investigación ha podido concluir que no existe causa de justificación cuando la resolución del conflicto de intereses descansa en una acción perteneciente a los tipos que corresponden al Derecho penal del enemigo.

8. Sobre la culpabilidad como categoría, la conclusión a la que hemos arribado consiste en afirmar que es perfectamente posible la aplicación de una concepción funcional de la culpabilidad al tipo penal objeto de nuestra disertación. Ello encuentra su fundamento en que la conducta conformativa subraya el sentido comunicativo de la acción culpable, es decir, la culpabilidad como presupuesto de la acción. Las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir, como modelos de imputación demuestran un defecto volitivo que se traduce en la comunicación antinormativa por medio del dolo conformativo. Debido a la especial naturaleza de la conducta no es viable aceptar un defecto a nivel cognitivo. Es por demás evidente que la configuración que representa el terrorismo asociativo se encuentra absolutamente prohibida. Tampoco cabe la conformación exculpada a través de la inexigibilidad de otra conducta. La infracción del rol ciudadano, la vulneración a la norma prohibitiva de “no conformarse en organización terrorista” fundamenta la culpabilidad como presupuesto del mensaje contrafáctico traducido en la pena.

En cuanto al tema de la fidelidad al Derecho, la investigación nos ha permitido determinar que el respeto a la norma ha de ser un imperativo para el ciudadano. Si el sujeto quiere continuar ostentando dicho estatus deberá cumplir con su rol. El respeto al Derecho es una obligación ciudadana no un mérito. De esta manera rechazamos cualquier teoría que estime el respeto al Derecho como un acontecimiento extraordinario, digno de reconocimiento. La fidelidad ciudadana al Derecho es uno de los elementos más importantes para identificar como democrático a un sistema o tipo de sociedad en particular. La infidelidad al Derecho significa culpabilidad.

9. En cuanto a la autoría y participación, el estudio del tipo fue especialmente complejo debido al intrincado sistema de distribución de roles que caracteriza a nuestro delito de organización. Sin embargo, el modelo que mayor claridad y sencillez nos aportó fue el empleado por JAKOBS para valorar la importancia de las aportaciones realizadas por los sujetos. De esta manera fue posible determinar que las acciones de promover, constituir, organizar o dirigir son imputables a título de autor. Mientras que el resto de las aportaciones serán atribuidas a los participantes activos y a quienes sencillamente forman parte de la organización terrorista. Bajo este esquema, las conductas de mayor desestabilización serán, naturalmente, las que sea imputadas a título de autor. No obstante, tanto la participación activa como la simple circunscripción a través de formar parte también ostentan un potencial desestabilizador que justifica el adelantamiento de la barrera de protección ciudadana. La investigación permitió realizar una clasificación en la que se engloba dentro de la participación activa las categorías de afiliado, miembro activo, sujetos con actividad permanente, pertenecía y colaboración. Mientras que forman parte de la misma el mero afiliado, miembro inactivo, la mera pertenencia, socio pasivo, y el mero individuo. Durante el examen de los elementos de la autoría y participación, pudimos conocer una sugerente teoría que estima a la accesoriadad de la participación como una cuestión de “acceso” al núcleo del injusto, esquema novedoso al que nos hemos acogido.

10. El último capítulo explora la posibilidad de aceptar el grado de ejecución imperfecto, es decir, tentativa, para efectos conformativos de la organización terrorista. Conforme a un esquema meramente teórico y desde la perspectiva de la vigencia de la norma, nos suscribimos a la doctrina que señala válida la posibilidad de aceptar el grado imperfecto en el delito de organización terrorista. No obstante, el Derecho como herramienta práctica debe atender a la problemática fáctica de la realidad social. En este contexto, no es posible aceptar la existencia de una tentativa de conformación para la organización terrorista. Sin embargo, el argumento más fuerte es que si ello fuese así, implicaría una sobre aceleración en cuanto a la anticipación de la barrera de punición. En otras palabras, generaría un adelantamiento del adelantamiento. Respecto a otras instituciones que contempla la legislación como la conspiración, provocación y proposición, tampoco resulta satisfactorio su empleo porque igualmente sobre anticipa el mecanismo punitivo de forma insoportable. El legislador, con una técnica legislativa poco aseada y plagada de remisiones legales, lo ha autorizado, política criminal que nos parece absolutamente criticable e inaplicable en la vida práctica.

11. Finalmente, después de la redacción de la presente tesis doctoral estimamos que el artículo 571 del Código penal español que sanciona la conformación de una organización terrorista es una norma paradigmática de Derecho penal del enemigo por cumplir con los presupuestos y postulados que dar forma a dicha teoría. La política criminal de un Derecho penal del enemigo con elevado contenido dogmático abre múltiples caminos para la investigación del fenómeno delincencial más grave para la seguridad de los ciudadanos y de los Estados mismos.

BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo, “El llamado “Derecho penal del enemigo” y el ocaso de la política criminal racional: el caso argentino”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 53-78.

ACALE SÁNCHEZ, María, *El tipo injusto en los delitos de mera actividad*, Comares, Granada, 2000.

AGUADO CORREA, Teresa, *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal. Manifestaciones del principio de inexigibilidad en la teoría del delito*, Comares, Granada, 2004.

AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç, *Derecho de la seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

AGUSTINA SANLLEHÍ, José R., *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona, 2010.

AL KHATTAR, Aref M., *Religion and terrorism. An interfaith perspective*, Paeger, Estados Unidos de Norte América, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?; apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.

ID., *Tentativa y formas de autoría*, Edisofer, Madrid, 2001.

ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, *Las actividades terroristas ante el Derecho Internacional contemporáneo*”, Tecnos, Madrid, 2000.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, Ciudad de México, 1991.

ALCARAZ VARÓ Enrique / Brian HUGHES, *Diccionario de términos económicos, financieros y comerciales, inglés-español, español-inglés*, Ariel, Barcelona, 1996.

ALEGRE, Xavier *Resistencia y esperanza cristiana en un mundo injusto. Introducción al apocalipsis*, Cristianisme i justícia, Barcelona, 2010.

ALEXY, Robert, *El concepto y la validez del Derecho*, traducción de Jorge M SEÑA, 2ª edición, Gedisa Editorial, Barcelona, 2004.

ALONSO BAQUER, Miguel, *Nihilismo y terrorismo*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2003.

ALONSO DE ESCAMILLA, Avelina, “La legislación histórica de orden público”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATTS, *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 921-961.

ALONSO TEJEDA, Luis, *El ocaso de la inquisición. En los últimos años del reinado de Fernando VII. Juntas de fe, juntas apostólica, conspiraciones realistas*, Zero, Madrid, 1969.

ALONSO, Rogelio, “¿Qué política antiterrorista frente a ETA?, lecciones desde la perspectiva comparada”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, FAES Fundación para el Análisis y los Estudios Sociales, octubre/diciembre, 2007, págs. 95-120.

ÁLVAREZ JUNCO, José, *La ideología Política del anarquismo español:(1868-1910)*, Siglo XXI Editores, Madrid, 1976.

AMBOS, Kai, “Derecho penal del enemigo”, traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ / Miguel LAMADRID, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Cuadernos de Conferencias y Artículos*, núm. 41, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2007, págs. 5-74.

AMELUNG, Knut, “El concepto «bien jurídico» en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / Íñigo ORTIZ DE URBINA / Enrique GIMBERNAT (presentador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 227-264.

ANARTE BORRALLO, Enrique, “Conjeturas sobre la criminalidad organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, págs. 13-57.

ANKARLOO / HENNINGSEN “*La brujería europea*”, en Juan BLÁZQUEZ MIGUEL, *Eros y Tanatos*, op. cit., pág. 29.

ANTAKI, Ikram, *El pueblo que no quería crecer. Polibio de Arcadia*, Editorial Planeta, Ciudad de México, 2012.

ID., *Filosofía/Espiritualidad*, Planeta, Ciudad de México, 2002.

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8ª edición corregida y actualizada al cuidado de Luigi CONTI, traducción de Jorge GUERRERO / Marino AYERRA REDÍN, Temis, Bogotá, 1988.

ANTÓN ONECA José, *Derecho penal parte general*, Gráfica Administrativa Rodríguez San Pedro, Madrid, 1949.

APONTE, Alejandro, “Derecho penal del enemigo en Colombia: Entre la paz y la guerra”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 205-237.

ARENDRT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, traducción de Guillermo, SOLANA, Taurus, Madrid, 1998.

ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edición bilingüe y traducción por María ARAUJO / Julián MARÍAS, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970.

ID., *Retórica*, traducción de Antonio TOVAR, Instituto de estudios políticos, Grafoffset, Madrid, 1971.

ARMENTEROS LEÓN, *Las faltas: Derecho sustantivo y procesal. Comentarios y jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ARNALDICH, Luis, *El origen del mundo y del hombre según la Biblia*, 2ª edición, ediciones Rialp, Madrid, 1958.

ARROYO ZAPATERO, Luis, “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *CPC*, núm. 15, Madrid, 1981, págs. 379-426.

ID., “Terrorismo y sistema penal”, en *Reforma Política y Derecho: actas del curso celebrado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo*, Colección de temas constitucionales núm. 6, Ministerio de Justicia Secretaría General Técnica Centro de Publicaciones, Madrid, 1985, págs. 153-201.

ARTEAGA, Félix, “Terrorismo, contrainsurgencia y opinión pública”, en Javier JORDÁN / Pilar POZO / Miguel GUINDO (coords.), *Terrorismo sin fronteras, Actores escenarios y respuestas en un mundo global*, Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 215-233.

ARVON, Henri, *El anarquismo en el siglo XX*, traducción de Ana GOLDAR, Taurus, Madrid, 1979.

ASÚA BATARRITA, Adela, “El discurso del enemigo y su infiltración en el Derecho penal. Delitos de terrorismo, “finalidades terroristas”, y conductas periféricas”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 239-276.

ATIENZA, Manuel, *El sentido del Derecho*, 2ª edición, Ariel, Barcelona, 2003.

AA.VV., *El periodismo audiovisual frente al terrorismo*, Universidad Internacional MENÉNDEZ PELAYO, Santander, 2002.

AVILÉS Manuel, *Criminalidad organizada: los movimientos terroristas*, Editorial Club Universitario, Alicante, 2004.

AVILÉS, Juan / HERRERÍN, ÁNGEL, *El nacimiento del terrorismo en occidente*, Siglo XXI, Madrid, 2008.

AYO FERNÁNDEZ, Manuel, *Las faltas en el Código penal y el juicio de faltas*, 6ª edición actualizada y aumentada, Aranzadi-Thomson, Navarra, 2005.

B.O.E., 16 de noviembre de 1971, núm. 274.

B.O.E., 16 de noviembre de 1971, núm. 274.

B.O.E., 2 de diciembre de 1980, núm. 289.

BACA BALDOMERO, Enrique / CABANAS ARRATE, María Luisa / BACA GARCÍA, Enrique, “El proyecto Fénix: un estudio sobre las víctimas del terrorismo en España. Resultados preliminares”, en E BACA / M L CABANAS (eds.), *Las víctimas de la violencia*, Triacastela Instituto de Victimología Fundación Archivos de Neurobiología, Madrid, 2003, págs. 139-185.

BACIGALUPO, Enrique, *Principios de Derecho penal, parte general*, 4ª edición, Akal, Madrid, 1997.

BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

BAIGÚN, David, *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Editorial B de F, Buenos Aires, 2007.

BALBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

BALMACEDA HOYOS, Gustavo / HENAO CARDONA, Luis Felipe, *Derecho penal y postmodernidad. Algunas reflexiones sobre la aptitud del Derecho penal en el tratamiento de los conflictos contemporáneos*, Trabajo inédito, Salamanca-Bogotá, 2005.

BARBER BURUSCO, Soledad, *Los actos preparatorios del delito*, Comares, Granada, 2004.

BARBERO SANTOS, Marino, “Presentación”, en *Criminalidad Organizada, reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*, edita el Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla, La Mancha, Almagro, 1999, págs. 5-16.

ID., *Estudios de criminología y Derecho penal*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1972.

BARCELONA, Prieto, “La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna”, traducción de Mariano MARESCA, en Guillermo PORTILLA CONTRERAS (coord.), *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2005, págs. 11-55.

BARNIDGE JR / Robert P., *Non-state actors and terrorism. Applying the law of State responsibility and the due diligence principle*, T.M.C. Asser Press, Países Bajos, 2008.

BARRET, William, *Irrational man. A study in existencial philosophy*, Heinemann, Gran Bretaña, 1960.

BASTIDA FREIXEDO, Xacobe, “Los bárbaros en el umbral. Fundamentos filosóficos del Derecho penal del enemigo”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 277-304.

BATISTA GONZÁLEZ, María Paz, *Medios de comunicación y responsabilidad penal*, Dykinson, Madrid, 1998.

BAUCELLS LLADÓS, Joan / PERES-NETO, Luis, “Discurso televisivo sobre el crimen: Los programas especializados en sucesos”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL (dir.), *Malas noticias. Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 109-151.

BECK, Ulrich, *La sociedad de riesgo mundial, en busca de la seguridad perdida*, traducción de Rosa S CARBO, Paidós Ibérica, Barcelona, 2008.

ID., *Sobre el terrorismo y la guerra*, traducción de Rosa S CARBÓ, Paidós Asterisco, Barcelona-Buenos Aires, 2003.

BELOHLAVEK, Alexander J., *Arbitratio, ordre public and criminal law (interaction of private and public international and domestic law)*, Vol. I, edición bilingüe ruso-inglés, Taxon, Ucrania, 2009.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio F., “Informática y delito. Aspectos penales relacionados con las nuevas tecnologías”, en *VLex Editorial Jurídica de Internet*, 2012, págs. 1-30.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROYO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón, *Lecciones de Derecho penal, parte general*, 2ª edición, La Ley, Barcelona, 1999.

BERISTAIN IPIÑA, Antonio, *Derecho penal y la nueva criminología hacia la victimología (dignidad ético-mística de las macrovíctimas)*, Ara Editores, Lima, 2008.

ID., / NEUMAN, Elías, *Criminología y dignidad humana, (diálogos)*, 2ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1991.

ID., *Problemas criminológicos, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales*, Ciudad de México, 1984.

BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio, *Bandolerismo y delincuencia subversiva en la baja Andalucía*, Establecimiento tipográfico de Fortanet impresor de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1912.

BINDER, Alberto M., *Justicia penal y Estado de Derecho*, 2ª edición actualizada y ampliada, ADHOK, Buenos Aires, 2004.

BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de Derecho penal español, Tomo II, el sistema de la parte especial*, Vol. II delitos contra bienes jurídicos colectivos, J M Bosch, Barcelona, 2005.

BLÁZQUEZ MIGUEL, Juan, *Eros y Tanatos. Brujería, hechicería y superstición en España*, Arcano, Toledo, 1989.

BOBBIO, Norberto, “Prólogo”, en Luigi FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Alfonso RUIZ MIGUEL, 9ª edición, Trotta, 2009, págs. 193-19.

BOCKENFORDE, Ernst-Wolfgang, “¿Por qué se debe penar? Günther Jakobs se pregunta qué posición ocupa el enemigo en el Ordenamiento jurídico”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en CARO José Antonio CARO JOHN / Reiner CHOCANO RODRÍGUEZ / Percy GARCÍA CAVERO / Julio MAZUELOS COELLO (dir.), *Revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales*, núm. 5, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Grijley, Lima, 2004, págs. 451-454.

BOTELLA, Joan / PERES-NETO, Luis, “La formación de la opinión pública y la construcción de discursos sobre la realidad criminal en España”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL (dir.), *Malas noticias. Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 43-65.

BOTTKE, Wilfried, “Mercado criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania”, en *Revista Penal, Universidad de Salamanca*, España, 1998, pág. 2 citado por Luis M REYNA ALFARO, “La política criminal peruana en materia de criminalidad organizada: reflexiones críticas preliminares”, en *CPC*, núm. 80, del instituto universitario de criminología de la Universidad Complutense de Madrid, nueva imprenta S.A., Madrid, 2003, págs. 363-382.

BUENO ARÚS, Francisco, “Principios generales de la legislación antiterrorista”, en Evelio VERDERA Y TUELLS (dir.), Marino BARBERO SANTOS (presentador), *Revista de la facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis, Jiménez de Asúa*, núm 11, Madrid, junio 1986, págs. 135-145.

ID., *Terrorismo: Algunas cuestiones pendientes (Moral Derecho y Política. Manipulación lingüística: lenguaje jurídico y lenguaje político. Discrepancias sobre el concepto y la naturaleza del terrorismo. Tratamiento penal como Derecho penal de excepción y Derecho penal del enemigo. El terrorismo como fenómeno internacional. Las últimas reformas de la legislación española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal, parte general*, 4ª edición aumentada, corregida y puesta al día por Hernán HORMAZABAL MALARÉE, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.

ID., *Manual de Derecho penal. Parte general*, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 182.

CACIGALI, Mario, *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

CAMPBELL, Joseph, *Las máscaras de dios. Mitología primitiva*, traducción de Isabel CARDONA, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

CANCIO MELIÁ, Manuel / GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Presentación”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. XVII-XXIII.

ID., “De nuevo ¿Derecho penal del enemigo?”, en Günther JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2006, págs. 85-152.

ID., “Delitos contra la constitución”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 1272-1337.

ID., “Delitos relativos al ejercicio de los Derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO, *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 1291-1292.

ID., “La teoría de la adecuación social en Welzel”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 46, Madrid, 1993, págs. 697-729.

ID., “Sentido y Límites de los delitos de terrorismo”, en Carlos GARCÍA VALDÉS, Antonio CUERDA RIEZU, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, Rafael ALCÁCER GUIRAO, Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2005, págs. 1879-1906.

ID., “Sentido y límites”, en José Ramón SERRANO-PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 381-416.

ID., *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*, REUS, Madrid, 2010.

ID., “El delito de pertenencia a una organización terrorista en el Código penal español”, en Hernán HORMOZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal. En memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, Ciudad de México, 2011, págs. 307-327.

CANO PAÑOS, Miguel Ángel, *Die strafrechtliche Behandlung des Terrorismus im spanischen Strafgesetzbuch von 1995*, Verlag für Polizeiwissenschaft, Frankfurt, 2007.

CAPITA REMEZAL, Mario, *Análisis de la legislación penal antiterrorista*, Colex, Madrid, 2008.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos / MIRA BENAVENT, Javier “Terrorismo”, en Tomás S VIVES ANTÓN / Enrique ORTS BERENGUER / Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal, parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1041-1055.

CARO BAROJA, Julio, *Terror y terrorismo*, Plaza y Janes, Madrid, 1989.

CARO CORIA, Carlos, “Presentación”, en Günther JAKOBS, *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEJOO SÁNCHEZ / Enrique PEÑARANDA RAMOS / Marcelo A SANCINETTI / Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, Palestra Editores, Lima, 2000, págs. 11-16.

CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *El drama penal*, Porrúa, Ciudad de México, 1982.

CARRARA, Francesco, *Opúsculos de Derecho criminal*, traducción de José J ORTEGA TORRES / José GUERRERO, Temis, Bogotá, 1976.

ID., *Programa de Derecho criminal, parte especial*, Volúmenes I / VI, traducción de José J ORTEGA TORRES / José GUERRERO, Temis, Bogotá, 1980.

CARRASCO JIMÉNEZ, Pedro, *La definición del terrorismo desde una perspectiva sistémica*, Plaza y Valdés Editores, México, 2009.

CARRILLO FLORES, “El asilo político en México”, jurídica, núm. 11, México, 1979, en Alonso GÓMEZ ROBLEDO, *¿Es el terrorismo un delito político?*, en <http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1043/12.pdf>, del Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, “Foreword”, en Kallopi CHAINGLOU, Eugenia LÓPEZ-JACOISTE DÍAZ, Valeria EBOLI, Ana SALINAS DE FRÍAS, Mirko SOSSAI, y Rafael DOMINGO (dir.), *International terrorism and changes in international law*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007.

CASARES, Julio, *Diccionario ideológico de la lengua española, de la Real Academia Española. De la idea a la palabra; de la palabra a la idea*, 2ª edición, editorial Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 2001.

CASTEJÓN, Federico, “Génesis y breve comentario del Código Penal de 23 de diciembre de 1944”, publicado en la *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Reus, Madrid, febrero-octubre 1946, págs. 3-121.

CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, Vol. 2 el poder de la identidad, versión castellana de Carmen MARTÍNEZ GIMENO, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

CEBRIÁN, Juan Luis, *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, 2ª edición., Taurus, Madrid, 1998, pág. 177.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II Teoría general del delito*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998.

ID., *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo I. Introducción*, 5ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, “Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación”, en Carlos GRANADOS PÉREZ, (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 215-267.

ID., *La organización criminal tratamiento penal y procesal*, Dykinson, Madrid, 2000.

CID, José / LARRAURI, Elena (coords.), *La delincuencia violenta. ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

CLAVERO, Bartolomé, *El orden de los poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Trotta, Madrid, 2007.

CLOWARD, Richard A / OHLIN, Lloyd E., *Delinquency and opportunity. A theory of delinquent gangs*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1961.

COBO DEL ROSAL, M., y RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Libros II y III”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO / Manuel BAJO FERNÁNDEZ / Manuel COBO DEL ROSAL / Luis RODRÍGUEZ RAMOS, *Código penal con jurisprudencias. Texto refundido de 1973, con reformas de 28 de noviembre de 1974, 27 de junio de 1975 y 19 de julio de 1976*, Civitas, Madrid, 1976, págs. 193-509.

COLÁS TURÉGANO, Asunción, “Tratamiento penal de la diversidad cultural”, en Emiliano BORJA JIMÉNEZ (coord.), *Diversidad cultural: conflicto y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 389-416.

COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, *Consideraciones generales sobre la Ley Federal de Extinción de Dominio*, Ubijus, México, 2010.

ID., *La defraudación tributaria en el Código penal español. Análisis jurídico-dogmático del art. 305 CP*, José María Bosch, Barcelona, 2010.

COMAROFF, Jean / COMAROFF, John, L., *Violencia y ley en la poscolonia: una reflexión sobre las complicidades Norte-Sur. Obsesiones criminales después de Foucault: poscolonialismo, vigilancia policial y metafísica del desorden*, traducción de Dicobole / Gabriela DÍAZ PÉREZ, Katz, Madrid-Barcelona, 2009.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO Cándido (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencias*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencias*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 2004.

CONESA SÁNCHEZ, Fernando, *La libertad de la empresa periodística*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.

Consejo de Europa, *Organised crime in Europe: the treta of cybercrime*, Publicaciones del Consejo de Europa, Francia, 2005.

CORCINO BERRUETA, Fernando, “Coautoría, imputación objetiva y semántica social”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BERRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, págs. 85-135.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, “La perspectiva jurídico-penal”, en Santiago MIR PUIG / Joan J QUERALT (dir.) / David CARPIO BRIZ (coord.), *La seguridad pública ante el Derecho penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, págs. 3-32.

ID. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CÓRDOBA RODA, Juan / GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *Comentarios al Código penal parte especial*, Tomo II, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 2608.

CORNACCHIA, Luigi, “La moderna *hostis iudicato* entre la norma y estado de excepción”, traducción de Beatriz ROMERO FLORES, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer – B de F, Madrid, 2006, págs. 415-456.

COROMINAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de de la lengua castellana*, 3ª edición muy revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1983.

CREMADES, Javier, *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley, Bilbao, 1995.

CRESSEY, Donald P., *Criminal Organization: its elementary forms*, Heinemann Educational Books, Londres, 1972.

CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, 2005, págs. 11-12.

CUELLO CALÓN, Eugenio, *Código penal y leyes penales especiales*, Bosch, Barcelona, 1950.

ID., *Derecho penal*, Tomo II, Vol. 1º de la parte especial, 14ª edición, Bosch, Barcelona 1975.

ID., CUELLO CALÓN, Eugenio, *El Derecho penal de la Rusia soviética*, Bosch, Barcelona, 1931

CUELLO CONTRERAS Joaquín, “Antijuridicidad, culpabilidad y exigibilidad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 143-156.

ID., *El Derecho penal español, parte general, Vol. II, teoría general del delito (2)*, Dykinson, Madrid, 2009.

ID., *La conspiración para cometer delito (los actos preparatorios de la participación)*, Bosch, Barcelona, 1978.

CUGAT MAURI, Miriam, “Sectas y sectarios ante el Derecho penal”, en *Revista de Derecho y proceso penal*, núm. 22, Aranzadi- Thomson Reuters, Navarra, 2010, págs. 9-99.

DAHRENDORF, Ralph, *Ley y orden*, traducción de Luis María, DÍEZ-PICAZO, Civitas, Madrid, 1994.

ID. *Homo Sociologicus*, traducción de José BELLOCH ZIMMERMANN Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1973.

DAWN ASKIN, Kelly, *War crimes against women. Prosecution in International War Crimes Tribunals*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1997.

DE ARÍSTEGUI Y SAN ROMÁN, Gustavo, “El nuevo terrorismo y las nuevas amenazas en las relaciones Europa-Magreb: la inmigración como arma del Yihadismo”, en Alejandro DEL VALLE GÁLVEZ / Jesús VERDÚ BAEZA (dir.) / Juan Domingo TORREJÓN RODRÍGUEZ (coord.), *España y Marruecos en el centenario de la conferencia de Algeciras*, Madrid, Dykinson, 2008, págs. 1-25.

DE FIEGUEIREDO DÍAS, Jorge, “Autoría y participación en el dominio de la delincuencia organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999.

DE GIORGI, Alessandro, *Tolerancia cero, estrategias y prácticas de la sociedad de control*, presentación y traducción de Iñaki RIVERA / Marta MONCLÚS, Editorial Virus, Barcelona, 2005.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, Luis, *La lógica del terrorismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2006.

DE MIGUEL BARTOLOMÉ, Ángel, “Actuaciones policiales en la lucha contra la criminalidad organizada” en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, págs. 135-141.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El delito de robo y hurto de uso de vehículos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ID., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

I ID., *Las artes contra la pena de muerte*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

DE VICENTE REMESAL, Javier, *Utilización ilegítima de vehículos de motor (aspectos fundamentales)*, Aranzadi, Navarra, 1994.

DE ZUGASTI, Julián, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas. Introducción*, Tomo I, 3ª edición, Imprenta de T. Fortanet, Madrid, 1876.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, *La provocación para cometer delito en el Derecho español (exégesis del párrafo tercero del artículo 4 del Código penal)*, EDERSA, Madrid, 1986.

DELGADO GARCÍA, Ma. Dolores, “El agente encubierto: Técnicas de investigación. Problemática y legislación comparada”, en Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, *La criminalidad organizada ante la justicia*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996.

DELGADO, Joaquín, *Criminalidad organizada*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2001.

DENKOWSKI, Charles, “La protección estatal en los conflictos asimétricos: ¿continúa el Derecho policial de los Lander alemanes, tras en 11 de septiembre, con el Derecho penal político antiliberal?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer- B de F, Madrid, 2006, págs. 511-552.

DESCARTES, Renato, *Discurso del método, tratado de las pasiones e investigación de la verdad*, Nueva Biblioteca Filosófica, Madrid, 1931.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *Las faltas contra los intereses generales y contra el orden público en el Código penal español*, Aranzadi Civitas Thomson-Reuters, Navarra, 2009, pág. 15.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer- B de F, Madrid, 2006, págs. 553-602.

ID., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en André Luís CALLEGARI (coord.), *Política criminal Estado e democracia. Homenagem aos 40 anos do curso e aos 10 anos do curso de Pós-Graduação em direito da unisinos*, Lumen Juris Editora, Río de Janeiro, 2007, pág. 86, págs. 81-128.

DOMÍNGUEZ IRIBARREN, Florencio, “Alegatos contra la euforia”, en AA.VV, *Democracia, nacionalismo y terrorismo en el País Vasco*, Ciudadanía y Libertad, País Vasco, 2010, págs. 5-8.

DONCEL, FERNÁNDEZ, Luis Vicente, “El desempeño de los roles”, en Isabel HOYO SIERRA (coord.), *Introducción a la psicología del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 105-115.

DONNA, Edgardo Alberto, “El concepto de autor”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 177-199.

DONNI, Massimo, “Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, traducción de Pablo GUÉREZ TRICÁRICO, en Manuel CANCIO MELIÁ / Laura POZUELO PÉREZ (coords.), *Política criminal en vanguardia. Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Thomson-Civitas Aranzadi, Madrid, 2008, págs. 29-75.

DÓPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo, “Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 497-526.

DOSTOYEVSKI, Fiodor M., “Demonios”, traducido por Rafel CANCINOS ASSENS, en Fiodor M DOSTOYEVSKI, *Obras Completas*, tomo II, 9ª edición-5ª reimpresión, Aguilar, Madrid, 1977, págs. 1074-1515.

DUBBER, Markus D., “Guerra y paz: derecho penal del enemigo y el modelo de potestad de supervisión policial del derecho penal estadounidense”, traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer- B de F, Madrid, 2006, págs. 685-724.

DUFFY, Helen, *The “war on terror” and the Framework of international Law*, Cambridge University Press, Estados Unidos de Norte América, reimpresión 2007.

DURÁN MIGLIARDI, Mario, “El Derecho penal del enemigo. Formulación y observaciones críticas en el contexto del debate sobre la modernización y expansión del Derecho penal”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer- B de F, Madrid, 2006, págs. 725-756.

EBILE NSEFUM, Joaquin, *El delito de terrorismo, su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.

ENZENSBERGER, Hans Magnus, *Política y delito*, traducción de Lucas SALA, Editorial Anagrama, Barcelona, 1987.

ESPARZA OROZ, Miguel, “La ilegalización de Batasuna. El nuevo régimen jurídico de los partidos políticos”, en Manuel PULIDO QUECEDO, *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 7-304.

ESPINOZA ZEVALLOS, Rodolfo José, *Temas de Derecho penal y procesal penal*, Serie de libros de investigación jurídica Unidad Editorial Universitaria UNHEVAL, Perú, 2010.

FARR, Kathryn, *Sex Trafficking. Te global market in women and children*, Publicaciones Worth, Estados Unidos de Norte América, 2005.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, “El Derecho penal del enemigo y el Estado democrático de Derecho”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 799-844.

ID., “Las teorías clásicas de la pena”, en José URQUIZO OLAECHEA, *Revista peruana de ciencias penales. Edición especial sobre el Código penal peruano*, año VII-VIII edición especial, núm. 11, Idemsa, Lima, 2002, págs. 331-455.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, “¡pase sin llamar!”, en Jesús FERNÁNDEZ ENTRALGO / Guillermo PORTILLA CONTRERAS / Javier BARCELONA LLOP, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Trotta, Madrid, 1993, págs. 15-78.

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, Civitas, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D., *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2004.

FISCHL, Johann, *Manual de historia de la filosofía*, traducción de Daniel RUÍZ BUENO, 8ª edición, Herder, Barcelona, 2002.

FOREY, A.J., *The templars in the Corona de Aragón*, Publicaciones de la Universidad de Durham Oxford University Press, Londres, 1973.

FOUCAULT, Michael *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, traducción de Aurelio GARZÓN DEL CAMINO, Siglo XXI, 14ª reimpresión, Madrid, 2008.

ID., *Historia de la locura en la época clásica*, traducción de Juan José UTRILLA, 2ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México-Bogotá, 1998.

FROMKIN, David, “Die Strategie des Terrorismus” en Manfred FUNKE (ed.), *Terrorismus. Untersuchungen zur Struktur und Strategie revolutionärer Gewaltpolitik*, ADTG, Bonn, 1977, págs. 83-99.

GALERA GARCÍA, Antonio, *La verdadera historia de la orden del Templo de Jerusalén. A la luz de la documentación histórica*, EDAF, Madrid-México-Buenos Aires-San Juan-Santiago-Miami, 2008.

GARCÍA ARÁN, Mercedes / PERES-NETO, Luis, “Discursos mediáticos”, en Mercedes GARCÍA ARÁN / Joan BOTELLA CORRAL (dir.), *Malas noticias. Medios de comunicación, Política criminal y garantías penales en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy, “¿Existe y debe existir un Derecho penal del enemigo?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 925-948.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Delincuencia organizada. Antecedentes y regulación penal en México*, 4ª edición, Porrúa, Ciudad de México, 2005.

GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo: Aspectos legales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1977.

ID., *Introducción al Derecho penal*, 4ª edición, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2006.

GARCÍA VALDÉS, Carlos, “Legislación antiterrorista: Derecho vigente y Proyectos continuistas”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 37, Fascículo II, Madrid, 1984, págs. 293-303.

GAREAU, Frederick H., *State Terrorism and The United States. From Counterinsurgency to the War on Terrorism*, Clarity PressAtlanta-Zed Books London, Estados Unidos de Norte América, Estados Unidos de Norte América-Londres, 2004.

GARMENDIA AGIRREZABALAGA, Francisco, “La actual situación vasca”, en Javier ELZO / Gema BIZCARRONDO (eds.), *La convivencia en la sociedad vasca. Los puentes de Deusto. Actas de un debate Universitario. Junio 2000*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, págs. 31-50.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “El terrorismo político no institucional. Una propuesta de definición”, en Ernesto GARZÓN VALDÉS / Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, págs. 33-71.

GIDDENS, Antony, con la colaboración de Karen BIRDSALL, *Sociología*, traducción de Jesús CUÉLLAR MENEZO, 4ª edición, Alianza Editorial, Madrid, 2004.

ID., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, traducción de Pedro CIFUENTES, Taurus, Madrid, 1999.

GIL-CASARES, María, *Terrorismo y medios de comunicación*, Ciudadanía y valores fundación, Madrid, 2008. Documento en formato PDF, sitio web http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documentos/1211368982_maria_gil_casares.pdf

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “Presentación”, en Roland HEFENDHEL (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmático?*, en edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / Íñigo ORTIZ DE URBINA / Enrique GIMBERNAT (presentador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 11-22.

ID., “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”, en JIMÉNEZ HUERTA, Mariano (presidente del comité editor), *Problemas actuales de las ciencias penales y de la filosofía del Derecho. En homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, Pannedille, Buenos Aires, 1970, págs. 495-523.

GOLDING, William, *El señor de las moscas*, traducción de Carmen VERGARA, Alianza Editorial, Madrid, 1975.

GOLDSTEIN, Mateo, *Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud*, Atalaya, Buenos Aires, 1947.

GOMES, Luis Flavio / BIANCHINI, Alice, “Derecho penal del enemigo y los enemigos del Derecho penal”, traducción de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 949-976.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, “Crítica de la política del orden público”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *CPC*, núm. 16, EDESA, Madrid, 1982, págs. 49-92.

GÓMEZ GUILLAMÓN, Rogelio / LUZÓN CUESTA, José María / MOYNA MÉNGUEZ, José / ORTIZ ÚRCULO, Juan Cesáreo / TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, 10ª edición, Colex, Madrid, 2005.

GÓMEZ LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, “El agente encubierto como medida de investigación del terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 417-433.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 25-52.

GÓMEZ MONTORO, Ángel J., *Asociación, Constitución y Ley. Sobre el contenido constitucional del Derecho de asociación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales del Tribunal Constitucional, Madrid, 2004.

GÓMEZ TOMILLO, Manuel, “Contribución a la teoría de los delitos de peligro hipotético –aptitud abstracta. Los delitos de tenencia como paradigma de peligro abstracto puro”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / Bernardo DEL ROSAL BLASCO / Lorenzo MORILLAS CUEVA / Enrique ORTOS BERENGUER / Manuel QUINTANAR DÍEZ (coords.), *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 465-482.

ID., *Responsabilidad penal y civil por los delitos cometidos a través de internet. Especial consideración del Caso de los Proveedores de Contenidos, Servicio, Acceso y Enlaces*, 2ª edición, Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

GÓMEZ, BERMÚDEZ, Javier, *No destruirán nuestra libertad: de cómo España se ha convertido en modelo de lucha contra el terrorismo islamista sin recortar los derechos ni las libertades*, Temas de Hoy, Madrid, 2010.

GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de las empresas”, en Alexander WUNDERLICH / Aury Celso LIMA LOPES JUNIOR / Gabriel José CHITTÓ GAUER / Ruth Maria CHITTÓ GAUER / Salo DE CARVALHO (dir.), *Revista de Estudos Criminais*, Año IV, Núm 20, Editora Fonte do Direto LTDA, Porto Alegre, 2005, págs. 57-82.

ID., “Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. I, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 977-1002.

ID., *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005.

GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, *El Derecho penal frente al terrorismo*, Producció del Servei de Comunicació i publicacions Campus del Riu Sec, Castelló de la Plana, 2005.

GONZÁLEZ FAUS, José I., *Miedo a Jesús*, Cristianisme i Justícia, Barcelona, 2009.

GONZÁLEZ RIVERO, Pilar, “Imputación jurídico-penal en situaciones de defecto”, en MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo (coord.), Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 291-305.

GRACIA MARTÍN, Luis, *El horizonte del finalismo y el “Derecho penal del enemigo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

GROSSO GARCÍA, Manuel Salvador, “¿Qué es y qué puede ser el Derecho penal del enemigo?”, en Manuel CANCIO MELIÁ, / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 1-50.

GUELL PERIS, Sonia, *Conflictos armados internos y aplicabilidad del Derecho internacional humanitario*, Dykinson, Madrid, 2005.

GUERRERO MUÑOZ, Joaquín, *La sociedad extrema. Debates sobre la violencia*, Tecnos, Madrid, 2008.

GUIOT, Jean M., *Organizaciones sociales y comportamientos*, Editorial Herder, Barcelona, 1985.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, “Objeto jurídico y accidentes del delito de asociaciones ilícitas”, en José CEREZO MIR (dir.), *RDPC*, 2ª época, núm. 2, UNED, Madrid, 1998, págs. 153-207.

HARRIS, Marvin, *Vacas, credos, guerras y brujas. Los enigmas de la cultura*, traducción de Juan OLIVER SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro R CARRIÓ, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

HEFENDEHL, Roland, “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, traducción de Gonzalo MEDINA SCHULZ, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / Íñigo ORTIZ de URBINA / Enrique GIMBERNAT (presentador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 459-475.

HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, traducción de X ZUBIRI, Madrid, 1935.

HEGEL, *Líneas fundamentales de la filosofía del Derecho*, traducción del alemán por F E G VICENT, Madrid 1935.

HERRERA MORENO, Myriam, *La hora de la víctima. Compendio de victimología*, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996.

HERRERO HERRERO, César, *Criminología (parte general y especial)*, aumentada y actualizada, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 2007.

ID., *Estudios de Derecho penal, procesal-penal y criminología*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

HEYMANN, Philip B., *Terrorism, Freedom and Security winning without war*, The Mit Press, Estados Unidos de Norte América, 2003.

HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe, *La exigente de miedo insuperable en el Derecho penal común y militar español*, Bosch, Barcelona 1991.

HIRSCH, Hans Joachim, “La posición de la justificación y de la exculpación en la teoría del delito desde la perspectiva alemana”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Colección de Estudios, N° 6. Universidad del Externado de Colombia*, Bogotá, 1996, págs. 9-54.

HORGAN, John, *Psicología del terrorismo. Cómo y por qué alguien se convierte en terrorista*, traducción de Joan TRUJILLO PARRA, Editorial Gedisa, Barcelona, 2009.

HORNLE, Tatjana, “Dimensiones descriptivas y normativas del concepto Derecho penal del enemigo”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Manuel CANCIO MELIÁ, / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer -B de F, Madrid, 2006, págs. 51-76.

ID., “La protección de sentimientos en el STGB”, traducción de María MARTÍN LORENZO, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / Íñigo ORTIZ DE URBINA / Enrique GIMBERNAT (presentador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 383-399.

HUESCA GONZÁLEZ, Anna / ORTEGA ALONSO, Elena, *La percepción de inseguridad en Madrid*, Universidad pontificia Comillas, Madrid, 2007.

HUNT, Robert C., *Teoría y práctica del comunismo, una introducción*, traducción de Mario H CALICHIO, Ágora, Buenos Aires, 1959.

HUSTER, Stefan, “Terrorismo y derechos fundamentales”, traducción de Ana COLOMER SEGURA, en Ernesto GARZÓN VALDÉS / Fernando MOLINA, *Terrorismo y derechos fundamentales*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010, págs. 9-31.

IBÁÑEZ QUINTANA, Carlos, *Amor a Euskalerría. Reflexiones de un carlista vasco en torno al nacionalismo*, Colección historia viva nº 2, Barcelona, 2000.

IGLESIAS RÍO, Miguel Ángel, *Fundamento y requisitos estructurales de la legítima defensa (consideración especial a las restricciones ético sociales)*, Comares, Granada, 1999.

ID., “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 1445-1473.

INCHAUSTI, Gascón, *Infiltración policial y “agente encubierto”*, Comares, Granada, 2001.

Informe sobre el terrorismo en Europa, Consejo de Europa, Recomendación aprobada por la Asamblea Parlamentaria diciembre 1978 enero 1979, Ministerio del Interior, Imprenta nacional del Boletín Oficial del Estado, 1979.

Institute for Safety, Security, and Crisis Management, *Concepts of terrorism. Analisis of the rise, decline, trends and risk*, Países Bajos, 2008.

IRUZUBIETA FERNÁNDEZ, Rafael, *El abuso del derecho y el fraude de ley en el Derecho del trabajo*, Tesis doctoral, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1989.

IVANSKI, Zeev, "El problema moral. Algunos aspectos del terror individual", en David C RAPOPORT, *La moral del terrorismo*, traducción de Marta L GUASTAVINO / Salvador BISCARRI, Ariel, Barcelona, 1985, págs. 17-60.

JAÉN VALLEJO, Manuel, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / Luis RODRÍGUEZ RAMOS (coords.), *Código penal comentado*, Akal, Madrid, 1990.

JAKOBS Günther, "Representación del autor e imputación objetiva", traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Günther JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, Porrúa, Ciudad de México, 2002, págs. 493-515.

ID., *El Derecho penal como disciplina científica*, traducción de Alex VAN WEEZEL, Civitas, España, 2008.

ID., / CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho penal del enemigo*, Civitas, Madrid, 2003.

ID., ¿De qué trata exactamente la problemática del Derecho penal del enemigo?, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2008, págs. 1-6.

ID., "¿Daño social? Anotaciones sobre un problema teórico fundamental en el Derecho penal", en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *CPC*, 2ª época, núm. 100, Dykinson, Madrid, 1988, págs. 29-45.

ID., "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad", traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2008, págs. 7-39.

ID., "¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad" traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Grijley, Perú, 2007, págs. 24-25.

ID., "¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?", en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 39-56.

ID., "¿Terroristas como personas en Derecho?", en Manuel CANCIO MELIÁ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 83-84.

ID., "Conocimiento y desconocimiento de la norma", traducción de Marcelo A SANCINETTI, en Günther JAKOBS / Eberhard STRUENSEE / Marcelo A SANCINETTI (presentador), *Problemas capitales del Derecho penal moderno. Libro homenaje a Hans Welzel*, Hamurabi, Buenos Aires, 1998, págs. 57-80.

ID., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", traducción de Enrique PEÑARANDA RAMOS, en Günther JAKOBS, *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, págs. 293-324.

ID., “Culpabilidad y prevención”, traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Günther JAKOBS, *Moderna dogmática penal. Estudios compilados*, Porrúa, Ciudad de México, 2002, págs. 119-153.

ID., “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, Günther, JAKOBS / Manuel CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Navarra, 2006, págs. 21-56.

ID., “El concepto jurídico penal de acción”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, *Cuadernos de Conferencias y Artículos, núm. 11, de la Universidad del Externado de Colombia*, Bogotá, 1996, págs. 9-53.

ID., “El principio de culpabilidad”, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, en *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, págs. 365-393.

ID., “Prologo”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización: un desafío de Estado*, Grijley, Perú, 2009, págs. 13-17.

ID., “Sobre el concepto de persona en Derecho”, traducción de Miguel, POLAINO-ORTS, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Persona y enemigo. Teoría y práctica del Derecho penal del enemigo*, Ara editores, Lima, 2011, págs. 17-29.

ID., “Sobre el tratamiento de los defectos volitivos y de los defectos cognitivos”, traducción de Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, en Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS / Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1997, págs. 127-146.

ID., *Bases para una teoría funcional del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ / Enrique PEÑARANDA RAMOS / Marcelo A SANCINETTI / Carlos J SUÁREZ GONZÁLEZ, Palestra Editores, Lima, 2000.

ID., *Derecho penal, parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONÁLEZ DE MURILLO, 2ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1997.

ID., *Dogmática de Derecho penal y configuración normativa de la sociedad*, traducción de Javier SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLEZ, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

ID., *Fundamentos del Derecho penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Enrique PEÑARANDA RAMOS, ADHOC, Buenos Aires, 1996.

ID., *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar de Carlos SUÁREZ GONZÁLEZ / Manuel CANCIO MELIÁ, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ, Civitas, Madrid, 1996.

ID., *Lectio doctoralis. Cuatro tesis de Derecho penal*, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, Ara Editores, Lima, 2011.

ID., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 2003

ID., *Sociedad, norma y persona*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Civitas, Madrid, 1996.

ID., “Diez años después: el Derecho penal del enemigo”, traducción de Miguel POLAINO-ORTS, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (dir.), *CPC*, 2ª época, núm. 105, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 5-25.

JÁUREGUI BERCIARTU, Gurutz, “Reflexión sobre la situación vasca”, en Javier ELZO / Gema BIZCARRONDO (ed.), *La convivencia en la sociedad vasca. Los puentes de Deusto. Actas de un debate Universitario. Junio 2000*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000, págs. 53-64.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal parte general*, 5ª edición corregida y ampliada, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Derecho penal soviético*, TEA, Buenos Aires, 1947, pág. 53.

ID., *Tratado de Derecho penal. Tomo V. La culpabilidad*, Losada, Buenos Aires, 1956, págs. 114 y ss.

ID., *Psicoanálisis criminal*, 6ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1982.

JIMÉNEZ DÍAZ, María José, *Seguridad ciudadana y orden público*, recurso electrónico Dykinson, Madrid, 2006.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Fernando, “Estrategia del crimen organizado mexicano”, en Miguel REQUENA (ed.), *Luces y sombras de la seguridad internacional en los albores del siglo XXI*, Tomo II, Instituto Universitario General GUTIÉRREZ MELLADO, Madrid, 2010, págs. 57-71.

JOAS, Hans, *Guerra y modernidad. Estudios sobre la violencia en el siglo XXI*, traducción de Bernardo MORENO, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005.

JORDÁN, Javier, “La naturaleza cambiante de las organizaciones terroristas. Una aportación desde el análisis de redes sociales”, en *UNISCI Discussion Papers*, núm. 20, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009, págs. 11-16.

KANT, Immanuel, *Sobre la paz perpetua*, presentación de Antonio TRUYOL Y SERRA / traducción de Joaquín ABELLÁN, 7ª edición, Tecnos, Madrid, reimpresión 2008.

KARMON, Ely, *Coalitions between terrorist organizations. Revolutionaries, natiolalists and islamists*, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 2005.

KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, traducción de Enrique BACIGALUPO / Ernesto GARZÓN VALDÉS, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1977.

KELSEN, Hans, *¿Qué es la justicia?*, traducción de Albert CALSAMIGLIA, Ariel, Barcelona, 1991.

KERN, Eduard, *Los delitos de expresión*, traducción de Conrado A FINZI, Depalma, Buenos Aires, 1967.

KHAN, L.Ali, *A theory of international terrorism. Understanding Islamic Militancy*, Martinus Nijhoff editores, Boston, 2006.

KINDHÄUSER, Urs, “El tipo subjetivo”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BERRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, págs. 173-209.

ID., “La fidelidad al Derecho como categoría de la culpabilidad”, traducción de Percy GARCÍA CAVERO, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Santiago MIR PUIG, *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 185-217.

KLUGHARDT, Werner, *Die Gesetzgebung zur Bekämpfung des Terrorismus aus strafrechtlichsoziologischer Sicht*, VVF, Munich, 1984.

KRAMER, Heinrich / SPENGER, Jacobus, *Malleus maleficarum. El martillo de los brujos. El libro infame de la inquisición*, traducción de Edgardo D ELIO, Editorial Círculo Latino, Barcelona, 2005.

KRUMWIEDE, Heinrich-W., “Ursachen des Terrorismus”, en Peter WALDMANN, “Die zeitliche Dimension des Terrorismus”, en Peter WALDMANN (ed.), *Determinanten des Terrorismus*, 2ª edición, Velbrück Wissenschaft, Alemania, 2008, págs. 29-84.

KUPPERMAN, Robert H, “La risposte al terrorismo”, en *Forme di organizzazioni criminali e terrorismo. Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria forense*, a cura di Franco

Ferracuti. Giufre Editore, Milán, 1988, pág. 284, citado por GARCÍA SAN PEDRO, José, *Terrorismo: Aspectos legales y criminológicos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.

LA TORRE, Massimo, *La lucha contra el derecho subjetivo, Karl Larenz y la teoría nacionalsocialista del Derecho*, traducción de Cristina GARCÍA PASCUAL, Instituto de Derechos humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III, Dykinson, Madrid, 2008.

LAMARCA PÉREZ, Carmen *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica, Madrid, 1985.

ID., “Sobre el concepto de terrorismo (a propósito del caso Amedo)”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 46, Fascículo. I, Madrid, 1993, págs. 535-559.

LAMPE, Ernst-Joachim, “Injusto de sistema y sistemas de injusto”, en Ernst-Joachim LAMPE, *La dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, edición y traducción española a cargo de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ / Guillermo ORCE / Miguel POLAINO-ORTS, Grijley, Lima-Trujillo, 2003, págs. 97-179.

LANDECHO VELASCO, Carlos María / MOLINA BLÁZQUEZ, Concepción, *Derecho penal español, parte especial*, 2ª edición, Tecnos, Madrid, 1996.

LANDROVE DÍAZ, Gerardo, *La moderna victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

LE BON, Gustave, *Psychologie des foules*, 9ª edición, Presses Universitaires de France, Paris, 1963.

Ley de orden público, Boletín Oficial del Estado, edición a cargo de la Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1959.

LIMA MALVIDO, María de la Luz, *Criminalidad femenina. Teorías y reacción social*, 3ª edición corregida y aumentada, Porrúa, Ciudad de México, 1998.

LISÓN TOLOSANA, Carmelo, *Las máscaras*, Ariel, Barcelona, 1997.

LLANO ÁNGEL, Hernando, “Las víctimas invisibles y el conflicto en Colombia”, en David BONDIA GARCÍA / Manuel RAMIRO MUÑOZ (coords.), *Víctimas invisibles, conflicto armado y resistencia civil en Colombia*, Huygens Editorial, Barcelona, 2009, págs. 17-35.

LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Delitos contra el orden público”, en Jesús María SILVA SÁNCHEZ (dir.), Ramón REGUÉS I VALLÈS (coord.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial*, Atelier, Barcelona, 2006 págs. 357-380.

ID., *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*, Editorial La Ley, Madrid, 2010.

LO 5/2010, de 22 de junio, *de reforma a la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. (BOE núm. 152, de 23 de junio), págs. 54814-54823.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, “Posición de la Unión Europea sobre el crimen organizado”, en Carlos GRANADOS PÉREZ (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 115-143.

ID., *Códigos penales españoles, 1822-1848-1850-1870-1928-1932-1944, recopilación y concordancias*, Akal, Madrid, 1988.

LÓPEZ ESPINOSA, María de los Ángeles, “Inteligencia y terrorismo internacional. Un panorama de cambios”, en *La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional, Cuadernos de Estrategia*, núm. 141, Ministerio de Defensa, Instituto Español de Estudios Estratégicos Centro Nacional de Inteligencia, junio, 2009, págs. 197-239.

LÓPEZ ESTUDILLO, Antonio, “El anarquismo español decimonónico”, en Ramón VILLARES PAZ, (dir.), *A ayer. El anarquismo español plantea el análisis de un movimiento heterogéneo y diverso, cuya historia, inconclusa todavía, es, paradójicamente, uno de los temas que más atención ha despertado en nuestra historia reciente. Revista de historia contemporánea*, núm. 45, Asociación de Historia Contemporánea, Marcial Pons Ediciones de Historia, Madrid, 2002, págs. 73-104.

LÓPEZ MESA, Marcelo J / CESANO, José Daniel, *Antijuridicidad y causas de justificación. Contribuciones a su estudio desde las ópticas civil y penal*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2010, pág. 108.

LÓPEZ, YAÑEZ, Julián, *La ecología social de la organización. Una perspectiva educadora*, La Muralla, Madrid, 2005.

LOPÉZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *La configuración jurídica del principio de autoridad*, Civitas, Madrid, 1993.

LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *Seguridad ciudadana y orden público*, El consultor de los ayuntamientos y de los juzgados, Madrid, 1992.

LOUCH, Alfred, “La inmoralidad de una convicción”, en David C RAPOPORT, *La moral del terrorismo*, traducción de Marta L GUASTAVINO / Salvador BISCARRI, Ariel, Barcelona, 1985, págs. 61-72.

LUCKMANN, Thomas, *Teoría de la acción social*, traducción de Francesc BALLESTEROS, Paidós, Barcelona, 1996, pág. 31.

LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la sociedad*, traducción de Javier TORRES NAFARRATE, con la colaboración de Brunhilde ERKE / Silvia PAPPE / Luis Felipe SEGURA, Herder, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2005.

ID., *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, traducción de Jaime NICOLÁS MUÑIZ, Editorial Nacional, Madrid, 1983.

ID., *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, traducción de Rodrigo RODRÍGUEZ MANCILLA, Antrophos Universidad Iberoamericana, México, 1997.

ID., *Sistemas sociales*, traducción de Silvia PAPPE / Brunhilde ERKE, bajo la dirección de Javier TORRES NAFARRATE, Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, Pontificia Universidad Javeriana, Antrophos Editorial, Barcelona, 1998.

LUZÓN CUESTA, José María, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, 15ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1978.

ID., “Causas de atipicidad y causas de justificación”, en Diego Manuel LUZÓN-PEÑA / Santiago MIR PUIG (coords.), *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*, Aranzadi, Pamplona, 1995, págs. 21-43.

MAESTRE DELGADO, Esteban, *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

MAFFESOLI, Michel, *De la orgía. Una aproximación sociológica*, traducción de Manuel MANDIANES, Ariel, Barcelona, 1996.

MAGGIORE, Giuseppe, *Derecho penal, parte especial*, Vol. III de los delitos en particular, traducción de José J ORTEGA TORRES, Temis, Bogotá, 1972.

MALAMUD GOTI, Jaime, *Legítima defensa y estado de necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977.

- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, Porrúa, Ciudad de México, 2005.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, *Estudio de la Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma al Código Penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación*, Colección temas penales, Centro de Publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid, 1982.
- MARAVÉR GÓMEZ, Mario, *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, Civitas-Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2009.
- MARCH, James G / SIMON, Herbert A., *Teoría de la organización*, traducción de Juan MALUQUER WAHL, Ariel, Barcelona, 1961.
- MARCUSE, Herbert, *Eros y civilización*, 3ª edición, traducción de Juan GARCÍA PONCE, Ariel, Barcelona, 1995, pág. 28.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel, *El abuso del Derecho (exposición, descripción y valoración del mismo)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1982.
- MARTÍNEZ BLANCO, Antonio, “Educación y medios de comunicación en una sociedad globalizada”, en José Antonio COBACHO GÓMEZ (dir.), *Anales de Derecho. Revista de la Universidad de Murcia*, núm. 19, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2001, págs. 159-173.
- MARTÍNEZ BRETONES, María Virginia, *La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch*, Tesis doctoral, Universidad de las Islas Baleares, Palma de Mallorca, 1988.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Rafael, “Maras en América latina y pandillas en Europa”, en Josep RIVERA (dir.), *Revista CIDOB d afers internacionals*, núm. 81, marzo-abril, Barcelona, 2008, págs. 7-16.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, parte general*, 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, traducción de Juan CÓRDOBA RODA, Ariel, Barcelona, 1962.
- MAYER, Max Ernst, *Derecho penal, parte general*, traducción de Sergio POLITOFF LIFSCHITZ, editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2007.
- MAYOR ZARAGOZA, Federico, “La cultura de la paz”, en Juan Manuel DEL RÍO MARTÍN (ed.), *La cultura del diálogo*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla 1994, págs. 21-36.
- MERKEL, Adolf, *Derecho penal*, Tomo I, traducción de Pedro DORADO MONTERO, La España Moderna, Madrid, pág. 39.
- MERKL, Peter H, “Approaches to the study of political violence”, en MERKL, Peter H, *Political violence and terror, motifs and motivations*, University California Press, Estados Unidos de Norte América, 1986, págs. 19-59.
- MERLOS, Alfonso, *Al Qaeda. Raíces y metas del terror global*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2006, pág. 28.
- MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I, traducción de la 2ª edición alemana y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935.
- MICHAUD, Yves, *Violencia y Política*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1989.
- MIDDENDORFF, Wolf, *Rapto, Toma de rehenes, secuestro de personas y aviones*, traducción de José BELOCH ZIMMERMANN, Espasa Calpe, Madrid, 1976.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7ª edición, Reppertor, Barcelona, 2005.

MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.) / RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010.

ID., “Democracias en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados democráticos antes y después del 11 de septiembre de 2001”, en *CPC*, Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2ª época, núm. 87, fascículo III, Madrid, 2005, págs. 185-227.

ID., “Imputación ¿objetiva?, conocimientos ¿especiales? Y conductas ¿neutrales? Análisis a partir del caso de la mujer que lavaba la ropa del secuestrado (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2005)” en Fernando MIRÓ LLINARES (dir.) / Samuel RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ (coord.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 257-324.

ID., “La imputación penal. Enseñanzas del modelo kantiano para la superación (sistemática) de la teoría de la imputación objetiva”, en Fernando MIRÓ LLINARES / Miguel POLAINO-ORTS, *La imputación penal a debate. Una confrontación entre la doctrina de la imputación kantiana y la imputación objetiva en Jakobs*, Ara editores, Lima, 2010, págs. 13-53.

ID., “Reflexiones sobre el principio *societas delinquere non potest* y el artículo 129 del código penal (al hilo de su décimo aniversario y de su escasa aplicación jurisprudencial)”, en Luis Antonio SOLER PASCUAL (dir.), *Estudios de Derecho Judicial. Responsabilidad de las personas jurídicas en los delitos económicos. Especial referencia a los consejos de administración. Actuar en nombre de otro*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 91, Madrid, 2006, págs. 189-263.

ID., “Persona o enemigo; vigencia real o postulada de las normas: Estado de Derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *RFCSJE*, Vol. 1, núm. 1, Elche, 2006, págs. 133-163.

ID., “La oportunidad criminal en el ciberespacio. Aplicación y desarrollo de la teoría de las actividades cotidianas para la prevención del cibercrimen”, en *RECPC*, núm. 13-07, 2011, págs. 1-55.

MOLINA PÉREZ, Teresa, “Técnicas especiales de investigación del delito: el agente provocador, el agente infiltrado y figuras afines (y II)”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 42, Real Centro Universitario Escorial María Cristina, San Lorenzo el Escorial, 2009, págs. 155-173.

MONTAÑÉS RODRÍGUEZ, JUAN / BARTOLOMÉ GUTIÉRREZ, RAQUEL / LATORRE POSTIGO, José Miguel / RECHEA ALBEROLA, Cristina “Delincuencia juvenil femenina y su comparación con la masculina” en Luis ARROYO / Juan MONTAÑÉS, / Cristina RECHEA (coords.), *Estudios de criminología II*, Ediciones de la Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 1999, págs. 253-280.

MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo / PERDOMO TORRES, Jorge Fernando, “Funcionalismo y normativismo penal. Una introducción a la obra de Günther Jakobs”, en Carlos DAZA GÓMEZ (dir.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editores y Distribuidor, Ciudad de México, 2007, págs. 64-134.

ID., “Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT, (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. I, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 21-36.

MONTERO DORADO, Pedro, *Bases para un nuevo Derecho penal*, Depalma, Buenos Aires, 1973.

MONTERO, Manuel, “Los finales imaginarios de ETA”, en AA.VV, *Democracia, nacionalismo y terrorismo en el País Vasco*, Ciudadanía y libertad, Vitoria-Gasteiz, 2010, págs. 43-72.

MONTES SÁNCHEZ, María del Rosario, *El estatuto jurídico de los espías, mercenarios, guerrilleros, desertores y saboteadores en el Derecho internacional humanitario*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Sevilla, 1990.

MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, traducción de Mercedes BLÁZQUEZ / Pedro DE LA VEGA, Tecnos, Madrid, 1972.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto, *Conflicto social, Derecho y proceso*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1993, pág. 17.

MONZÓN, Cándido, “El hombre espectador en la cultura de masas. Opinión pública y medios de comunicación”, en Gonzalo CAPELLÁN (edit.), *Opinión Pública. Historia y presente*, Trotta, Madrid, 2008, págs. 207-225.

MORAL DE LA ROSA, Juan, *Aspectos penales y criminológicos del terrorismo*, Ediciones Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 2005.

MORALES PRATS, Fermín “El Derecho penal ante la pornografía infantil”, en Fermín MORALES PRATS / Oscar MORALES GARCÍA, *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de internet*, Revista Aranzadi, Thomson Company, Navarra, 2002, págs. 95-118.

MORALES RUIZ, Juan José, *La publicación de la Ley de represión de la masonería en la España de la posguerra (1940)*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1992.

MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

MORET Y PRENDERGAST, Segismundo, “Prólogo”, en Julián DE ZUGASTI, *El bandolerismo. Estudio social y memorias históricas. Introducción*, Tomo I, 3ª edición, Imprenta de T. Fortanet, Madrid, 1876, págs. 9-69.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo, “¿Sigue siendo necesaria una dogmática del Derecho penal?”, en Fernando MIRÓ LLINARES, (dir.), *¿Casos difíciles o irresolubles? Problemas esenciales de la Teoría del delito desde el análisis de paradigmáticos casos jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 15-52.

ID., “Construcción y demolición de la teoría de la acción”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁCER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 1365-1392.

MOSSE ITURRASPE, Jorge, *El valor de la vida humana*, 3ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.

MÜNCH, Lourdes, *Liderazgo y dirección. El liderazgo en el siglo XXI*, Trillas-Eduforma, Sevilla, 2007.

MUNIESA, Bernat, *El discurso jacobino en la revolución francesa*, Ariel, Barcelona, 1987.

MURPHY, John F., *The United States and the Rule of Law in International Affairs*, 3ª edición, Cambridge University Press, Estados Unidos de Norte América, 2007.

NEUMAN, Elías, *Victimología. El rol de la víctima en los delitos convencionales y no convencionales*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

NIÑO, Luis Fernando, *El bien jurídico como referencia garantista*, Estudios del Puerto, Buenos Aires, 2008.

NSEFUM, Ebile, *El delito de terrorismo su concepto*, Montecorvo, Madrid, 1985.

OLMEDO CARDENETE, Miguel, “Delitos contra el orden público (VI) de las organizaciones y grupos terroristas. Delitos de terrorismo”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho penal español parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 1211-1232.

O’ SULLIVAN, Noel, *Terrorismo, ideología y revolución*, traducción de Nestor A MÍNGUEZ, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

ORSI, Omar Gabriel, *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ORTEGA CARCELÉN, Martín C., *La legítima defensa del territorio del Estado. Requisitos para su ejercicio*, Tecnos, Madrid, 1991.

ORTEGA Y GASSET, José, *Obras completas*, Tomo II, Santillana Ediciones generales Taurus, Madrid, 2004.

ID., *Obras completas*, tomo VI 1941/1955, Taurus, Madrid, 2006.

OTTENHOF, Reynald, “¿Terrorismo o terrorismos?”, traducción de Augusto MAESO, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 42, Fascículo III, Madrid, 1989, págs. 947-953.

PACHECO, Francisco Joaquín, *El código penal. Concordado y comentado*, Edisofer, Madrid, 2000, pág. 719.

PALERMO, Omar, “La Legítima defensa: ¿Reacción contra un enemigo o protección frente a un ciudadano?”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 437-474.

ID., *Legítima defensa: una revisión normativista*, Atelier, Barcelona, 2006.

PANEBIANCO, Angelo, *El poder, el Estado, la libertad. La frágil constitución de la sociedad libre*, traducción de Juan MARCOS DE LA FUENTE, Unión Editorial, Madrid, 2009.

PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, “El orden público como bien jurídico autónomo (y legítimo)”, en Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, 2010, págs. 911-986.

ID., “El terrorista ante el Derecho penal: Por una política criminal intercultural”, en José Ramón SERRANO-PIEDRACASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 137-225.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad. Problemas de siempre y de ahora para el deslinde, la decantación y la eficacia de una responsabilidad nuclear del Estado administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

PASTOR MUÑOZ, Nuria, *Los delitos de posesión y los delitos de status: una aproximación político-criminal y dogmática*, Atelier, Barcelona, 2005.

PAWLIK, Michael, “El terrorista y su derecho: sobre la posición teórico-jurídica del terrorismo moderno”, traducción de Enrique BACIGALUPO con la colaboración de Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, en Michael PAWLIK, *La libertad institucionalizada. Estudios de Filosofía jurídica y Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid, 2010, págs. 137-179.

PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *La participación en el delito y el principio de accesoriadad*, Tecnos, Madrid, 1990.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “Las libertades en la era del internet”, en AA.VV, *El Derecho en red. Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006.

PFANDER, A., *Fenomenología de la voluntad. Análisis psicológico*, traducción de Manuel G MORENTE, Revista de occidente, Madrid, 1931.

PISARELLO, Gerardo / DE CABO, Antonio, “La larga sombra de Sacco y Vanzetti (excepción extranjera, terrorismo)”, en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 44, Madrid, 2002, págs. 13-18.

PITA, René / NOGUÉS, Oscar, “Inteligencia NQB: La amenaza del terrorismo nuclear”, en *Inteligencia y Seguridad. Revista de Análisis y Prospectiva*, núm. 6, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, págs. 165-195.

POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Recensión: Lampe, Ernst-Joachim: «Das personale Unrecht». Schriften zum Strafrecht, Band 7, Duncker & Humbolt. Berlín, 1967; 283 págs.”, en *ADPCP*, tomo 24, Fascículo I, Madrid, 1971, págs. 316-320.

ID., *Los elementos subjetivos del injusto*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1972.

ID., *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

ID., *Criminalidad actual y Derecho penal*, Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba, Córdoba, 1988.

ID., “Delitos contra el orden público (V) Delitos de terrorismo”, en Manuel COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español, parte especial II*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 901-914.

ID., *Derecho penal parte general*, tomo II, *Teoría jurídica del delito*, vol. I, Bosch, Barcelona, 2000.

ID., con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, Porrúa, México, 2001.

ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en Francisco GUTIÉRREZ ALVIZ-CONRADI (dir.), *Revista del Poder Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 72, 4º trimestre, Madrid, 2003, págs. 59-88.

ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura: sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Cuadernos de conferencias y artículos*, núm. 32, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, págs. 1-42.

ID., *Instituciones de Derecho penal. Parte general*, Grijley, Lima, 2005.

ID., “La controvertida legitimación del Derecho penal en las Sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *El Derecho penal ante las sociedades modernas*, Flores Editor y Distribuidor, Ciudad de México, 2006, págs. 51-151.

ID., “¿Qué queda del concepto jurídico-penal de acción en la dogmática actual?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE, *Las condiciones de juridicidad del sistema penal. Derecho penal del enemigo y concepto jurídico penal de acción en una perspectiva funcionalista*, Grijley, Perú, 2007, págs. 58-102.

ID., “¿Qué queda del concepto de acción en la dogmática actual? Sobre la naturaleza y función del concepto de acción en el Derecho penal”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / ALCÁCER GUIRAO Rafael / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo II, Edisofer, Madrid, 2008, págs. 1487-1518.

ID., con la colaboración de Miguel POLAINO-ORTS, *Introducción al Derecho penal*, Grijley, Lima, 2008.

ID., *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (desde la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Perú, 2009.

ID., “Protección de bienes jurídicos y confirmación de la vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *Bien jurídico, vigencia de la norma y daño social*, Ara Editores, Lima, 2010. págs. 32-55.

ID., *Lecciones de teoría del delito*, vol. 1 adaptadas al EES, Mergablum, Sevilla, 2010 (3ª. edic., 2012).

POLAINO-ORTS, Miguel, “Vigencia de la norma, el potencial de sentido de un concepto”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. II, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 61-106.

ID., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación de un concepto*, Grijley, Perú, 2006.

ID., “Cuatro preguntas sobre el Derecho penal del enemigo”, en Carlos DAZA GÓMEZ (dir.), *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editores y Distribuidor, Ciudad de México, 2007, págs. 404-443.

ID., “Derecho penal del enemigo: ¿Qué es? ¿Existe? ¿Debe existir? ¿Por qué existe?”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO NAVARRETE / Miguel POLAINO-ORTS, *El Derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, Flores Editor y Distribuido, Ciudad de México, 2008, págs. 47-99.

ID., “Realidad y ficción en el Derecho penal del enemigo”, en *Boletín de la facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Estudios Jurídicos núm. 98 estudios en homenaje al Profesor Doctor Jorge De Figueiredo Dias*, Editorial Coimbra, Coimbra, 2009, págs. 485-519.

ID., “Delitos de organización como Derecho penal del enemigo”, en Günther JAKOBS / Miguel POLAINO-ORTS, *Delitos de organización: un desafío de Estado*, Grijley, Perú, 2009, págs. 63-144.

ID., “¿Qué es la imputación objetiva?”, en José Antonio CARO JOHN / Miguel POLAINO-ORTS, *Derecho penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, págs. 63-100.

ID., “Imputación objetiva esencia y significado”, en Urs KINDHÄUSER / Miguel POLAINO-ORTS / Fernando CORCINO BARRUETA, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Lima, 2009, págs. 19-83.

ID., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.

ID., “Comunicando inseguridad. Sobre la función de la inhabilitación y de las medidas de seguridad restrictivas de Derechos y facultades en el anteproyecto del CP peruano de 2009”, en Miguel POLAINO-ORTS / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, Ara Editores, Lima, 2010, págs. 13-38.

ID., “Delitos obstáculo. Un estudio sobre los límites de legitimidad de la anticipación punitiva”, en Luis Miguel REYNA ALFARO (coord.), *Derecho penal y modernidad*, Ara Editores, Lima, 2010.

ID., “Organizaciones y grupos criminales”, en Miguel POLAINO NAVARRETE (dir.), *Lecciones de Derecho penal, parte especial, adaptadas a la Ley orgánica 5/2010 de reforma del Código penal*, Tomo II, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 563-579.

ID., “Delitos de posesión como Derecho penal del enemigo”, en Julio B J MAIER / Marcelo A SANCINETTI / Wolfgang SCHÖNE (dir.) / Ezequiel MALARINO / Alejandro KISS (coords.), *Dogmática penal entre naturalismo y normativismo. Libro homenaje a Eberhard Struensee*, ADHOC, Buenos Aires, 2011, págs. 485-504.

POLAINO NAVARRETE, Miguel / POLAINO-ORTS, Miguel, *Cometer delitos con palabras. Teoría de los actos de habla y funcionalismo jurídico-penal*, Dykinson, Madrid, 2004.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, 2ª edición, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

PONTARA, Giulano, “Violencia e terrorismo. Il problema della definizione e della giustificazione”, en *Dimensioni del terrorismo político*, a cura di Luigi BONANATE, Franco Angeli Editore, Milán, 1979.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 140.

ID., *La consagración del Derecho penal de autor durante el franquismo .El Tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Comares, Granada, 2009.

PRATS CANUT, José Miguel, “De los delitos de terrorismo”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / José Manuel VALLE MUÑIZ (coord.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, Aranzadi, Navarra, 1996, págs. 1578-1593.

ID., “De los delitos de terrorismo”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo Código penal*, 3ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 2479-2501.

Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 1977.

PULGAR GUTIÉRREZ, María Belén, *Víctimas del terrorismo 1968-2004*, Dykinson, Madrid, 2004.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo / MORALES PRATS, Fermín, *Parte general del Derecho penal*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005.

ID., “Libro I: Título I” en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.), Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 3ª edición, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 116-133.

ID., “Los delitos de riesgo en la política criminal de nuestro tiempo”, en Luis ARROYO ZAPATERO / Ulfrid NEUMANN / Adán NIETO MARTÍN, *Crítica y justificación en el Derecho penal en el cambio de siglo. Análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Castilla-La Mancha, 2003, págs. 241-248.

QUINTERO, María Eloísa, “Acción social, comunicación e injusto penal”, en Miguel POLAINO-ORTS, / María Eloísa QUINTERO, *Comunicación e injusto penal*, ARA Editores, Lima, 2010, págs. 71-94.

RABINOVICH, Silvana, “La mirada de las víctimas, responsabilidad y libertad”, en José M MARDONES / Reyes MATE (eds.), *La ética ante las víctimas*, Anthropos, Barcelona, 2003, págs. 50-75.

RADBRUCH, Gustavo / GWINNER, Enrique, *Historia de la criminalidad (ensayo de una Criminología histórica)*, notas y adiciones por Arturo MAJADA, Bosch, Barcelona, 1955.

RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, “El «Derecho penal del enemigo» en la expansión del Derecho penal”, en Ricardo ROBLES PLANAS / Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ (coord.), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Atelier, Barcelona, 2010, págs. 87-103.

RANIERI, Silvio, *Manual de Derecho penal, parte especial. De los delitos en particular*, Tomo IV, traducción de Jorge GUERRERO, Temis, Bogotá, 1974.

REBOLLO VARGAS, Rafael, *La provocación y la apología en el nuevo código penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

REGÀS, Rosa “Prólogo”, en Patxo UNZUETA, *El terrorismo. ETA y el problema vasco*, Ediciones Destino, Barcelona, 1997, pág. 10.

REHBINDER, Manfred, *Sociología del Derecho*, traducción de Gregorio ROBLES MORCHÓN, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981.

REINARES, Fernando, *Terrorismo global*, Taurus Santillana ediciones, 2003.

REYES ALVARADO, Yesid, “Normativismo y Derecho penal del enemigo”, en Manuel CANCIO MELIÁ / Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. II, Edisofer-B de F, Madrid, 2006, págs. 781-808.

REYNA ALFARO, Luis Miguel, “Derecho penal, ética y fidelidad al Derecho”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA / José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal. Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 765-780.

RICO, José María / SALAS, Luis, *Inseguridad ciudadana y policía*, Tecnos, Madrid, 1988.

RIGHI, Federico, “Culpabilidad y libertad”, en Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA José Miguel / ZUGALDÍA ESPINAR (coords.), *Dogmática y ley penal Libro homenaje a Enrique Bacigalupo*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 795-801.

RIPOL CARULLA, Santiago, “La nueva doctrina global de la defensa preventiva. Consideraciones sobre su caracterización y fundamento”, en Caterina GARCÍA SEGURA / Ángel J RODRIGO HERNÁNDEZ, *El imperio inviable. El orden internacional tras el conflicto de Irak*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 141-164.

ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamentos y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

ROCCO, Arturo, *L oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Fratelli Bocca Editori, Milano-Torino-Roma, 1913, pág. 263. citado por Miguel POLAINO NAVARRETE, *El bien jurídico en el Derecho penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1974.

RODRÍGUEZ BARRIGÓN, Juan Manuel, “Alcance y límites del Derecho a la libertad de información en los conflictos internacionales”, en Castor M DÍAZ BARRADO y Carlos R FERNÁNDEZ LIESA (coords.), *Conflictos armados y medios de comunicación: Aspectos jurídicos y periodísticos*, Dykinson, Madrid, 2009. págs. 87-105.

RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español, parte especial*, 4ª edición Dykinson, Madrid, 1971.

ID., SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal español parte especial*, 18ª edición, Dykinson, Madrid, 1995.

RODRÍGUEZ Gonzalo / ALONSO Jaime / LASCURAÍN, Juan, “Derecho penal e internet”, en Javier CREMADES / Miguel Ángel FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ / Rafael ILLESCAS, *Régimen jurídico de internet*, La Ley, Madrid, 2002, págs. 255-307.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, “Lib.I-Tít. I. De la infracción penal”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al código penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 53-94.

ID., “Libro I título II, de las personas criminalmente responsables de los delitos y faltas”, en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) / Agustín JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al código penal*, Civitas, Madrid, 1997, págs. 167-178.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Libertades cívicas y Derecho penal (sobre los delitos cometidos en ocasión de del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes)*, Tecnos, Madrid, 1975.

ROMERO CASABONA, Carlos María, “El principio de precaución en las actividades de riesgo”, en Pedro CASTELLANO RAUSELL (dir.), *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo, Cuadernos de Derecho judicial*, III-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, págs. 13-60.

ROXIN, Claus, “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, traducción de Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO, en Roland HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico, ¿fundamento de legitimación del Derecho penal o juegos de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / Íñigo ORTIZ DE URBINA / Enrique GIMBERNAT (presentador), Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 443-458.

ID., *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, traducción de la 7ª edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS / José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ID., “Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (edit.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Universidad de Huelva Publicaciones, Huelva, 1999, págs. 191-198.

ID., *Culpabilidad y prevención en Derecho penal*, traducción de Francisco MUÑOZ CONDE, Reus, Madrid, 1981.

ID., *Derecho penal, parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, traducción y notas de Diego-Manuel LUZÓN PEÑA / Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO / Javier DE VICENTE REMESAL, 2ª edición, Civitas, Madrid, 1997.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón / GONZÁLEZ AGUDELO, Gloria, “El factor tecnológico en la expansión del crimen organizado ¿menores en riesgo?”, en Luz María PUENTE ABA (dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la Política criminal*, Comares, Granada, 2008, págs. 1-39.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, José E., “Delitos contra el orden público (V). De las organizaciones y grupos criminales”, en Lorenzo MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho penal español parte especial*, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 1185-1209.

SALARRULLANA, Pilar, *Las sectas. Un testimonio vivo sobre los mesías del terror en España*, 4ª edición, Ediciones Temas de Hoy, Madrid, 1990.

SALBIDEGOITIA ARANA, José María, “Mitos, tópicos y reiteraciones sobre el terrorismo de ETA”, en AA.VV., *Democracia, nacionalismo y terrorismo en el País vasco*, Ciudadanía y Libertad, Vitoria-Gasteiz, 2010, págs. 73-97.

SALDAÑA Quintiliano, “La capacidad criminal de las personas sociales”, en *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. XXXVI, Reus, Madrid, 1927, págs. 7-145.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Principios de Derecho mercantil*, Thomson-Aranzadi, 13ª edición (4ª en Aranzadi), Navarra, 2008.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Dykinson, Madrid, 2005.

ID., *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999.

ID., “La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES / Fermín MORALES PRATS (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, Navarra, 2001, págs. 685-722.

SÁNCHEZ JUNCO MANS, Javier, “De la infracción penal, *iter criminis* (arts. 15 a 18)”, en Cándido CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Código penal comentado. Con concordancias y jurisprudencias*, 2ª edición, Tomo I, Bosch, Barcelona, 2004, págs. 74-86.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Editorial B de F, Montevideo- Buenos Aires, 2008.

SÁNCHEZ-TEJERINA, Isaías, *Derecho penal español. Obra ajustada al código penal, texto refundido de 1944 con todas las modificaciones introducidas*, Tomo II, parte especial, 5ª edición, Madrid, 1950.

SANZ MORÁN, Ángel José, *Elementos subjetivos de justificación*, José María Bosch, Barcelona, 1993.

ID., “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en José Luis Díez RIPOLLÉS / Carlos María ROMERO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, reimpresión 2003, págs. 147-158.

ID., “Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad”, en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson-Civitas-Aranzadi, Navarra, 2005, págs. 969-979.

ID., “De nuevo sobre el tratamiento del delincuente habitual peligroso”, en Francisco BUENO ARÚS / Helmut KURY / Luis RODRÍGUEZ RAMOS / Eugenio Raúl ZAFFARONI (dir.) / José Luis GUZMÁN DÁLBORA / Alfonso SERRANO MAÍLLO (eds.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Serrano Gómez*, Dykinson, Madrid, 2006, págs. 1085-1101.

ID., “Algunas consideraciones en torno a la política criminal”, en Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ / Ana Isabel GARCÍA ALFARAZ (coords.), «*Universitas Vitae*» *Homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2007, págs. 729-740.

ID., “Naturaleza del sistema de justificación”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU (dir.) / Lucía MARTÍNEZ GARAY (coord.), *La justificación penal: balance y perspectivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 37-47.

ID., “Algunas consideraciones sobre la ciencia del Derecho penal y su método”, en Carlos GARCÍA VALDÉS / Antonio CUERDA RIEZU / Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA / Rafael ALCÁ CER GUIRAO / Margarita VALLE MARISCAL DE GANTE (coords.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, Tomo I, Edisofer, Madrid, 2005, págs. 639-660.

ID., “Reflexiones sobre el bien jurídico”, en Juan Carlos CARBONELL MATEU / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC / Enrique ORTS BERENGUER (dir.) / María Luisa CUERDA ARNAU (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanza y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 1753-1769.

ID., “El tratamiento del delincuente habitual”, en Coral ARANGÜENA FANEGO / Ángel José SANZ MORÁN, *La reforma de la justicia penal. Aspectos materiales y procesales*, Lex Nova, Valladolid, 2008, págs. 115-131.

SASSI, Nizar, *Guantánamo. Prisionero 325, campo Delta*, traducción de Carlos JANÍN, EDAF, Madrid- México- Buenos Aires- San Juan- Santiago, 2006.

SCHNEIDER, Hans Joachim, “La criminalidad en los medios de comunicación de masas”, traducción de Beatriz DE LA GÁNDARA VALLEJO supervisada por Enrique BACIGALUPO en *CPC*, núm. 36, Instituto Universitario de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid, 1988, pág. 737-758.

SCHÜNEMANN, Bernd, “Sistema de Derecho penal y victimodogmática”, traducción de Mariana SACHER, en José Luis Díez RIPOLLÉS / Carlos María ROMERO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERÁ (edit.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, reimpresión 2003, págs. 159-172.

ID., “El papel de la víctima dentro del sistema de justicia criminal: un concepto de tres escalas” traducción de Luis M REYNA ALFARO, en Bernd SCHÜNEMANN / Peter-Alexis ALBRECHT / Cornelius PRITTWITZ / George FLETCHER, *La víctima en el sistema penal. Dogmática, proceso y política criminal*, Grijley, Lima, 2006, págs. 18-37.

SEN Amartya, *Identity and violence. The illusion of destiny*, Norton Company, Estados Unidos, 2006, pág. 19.

SERRANO GÓMEZ, Alfonso, *Derecho penal. Parte especial*, 3ª edición, Dykinson, Madrid, 1998.

ID., *Derecho penal. Parte especial*, 9ª edición, Dykinson, Madrid, 2004.

ID., *El costo del delito y sus víctimas en España*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1986.

SIGHELE, Escipión, *La muchedumbre delincuente. Ensayo sobre psicología colectiva*, traducción de Pedro DORADO, La España Moderna, Madrid, 1890.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “¿Pertenencia o intervención? Del delito de pertenencia a una organización criminal a la figura de la participación a través de organización en el delito”, en Emilio Octavio DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 1069-1096.

ID., “Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 35, Fascículo III, Madrid, 1982, págs. 663-691.

ID., *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, J M Bosch, Barcelona, 2002.

ID., *La expansión del derecho penal*, reimpresión de la 2ª edición, B de F, Buenos Aires-Montevideo, 2006.

ID., *La expansión del Derecho penal, aspectos de la política criminal en las sociedades post industriales*, 2ª edición, Civitas, Madrid, 2001.

SIMMEL, Jorge, *Sociología, Estudios sobre las formas de socialización*, traducción de J PÉREZ BANCES, Revista de Occidente, Madrid, 1926.

SINN, Arndt / ZÖLLER, Mark A., “Erstes internationales Forum über Kriminalität und Strafrecht im Zeitalter der Globalisierung, vom 24. bis 26. Oktober in Peking”, en Jürgen WOLTER / Paul-Günter PÖTZ / Wilfried KÜPER / Michael HETTINGER (eds.), *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, núm. 1, R.v. Decker, Alemania, 2010, págs. 44-46.

SMITH, Peter B / PETERSON, Mark F., *Liderazgo, organizaciones y cultura. Un modelo de dirección de sucesos*, traducción de Yolanda GARCÍA, Ediciones Pirámide, Madrid, 1990.

SOBRINO HEREDIA, José Manuel, *Piratería y terrorismo en el mar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, País Vasco 2009.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho penal parte general I. El hecho punible*, traducción de Manuel CANCIO MELIÁ / Marcelo A SANCINETTI, Aranzadi, Navarra, 2005.

SUNSTEIN, Cass R, *Leyes de miedo: más allá del principio de precaución*, traducido por Verónica Inés WEINSTABL / Servanda María DE HAGEN, Katz, Buenos Aires, 2009.

ID., *Riesgo y razón, seguridad, ley y medio ambiente*, traducción de José María LEBRÓN, Katz, Buenos Aires, 2006.

TAMARIT SUMALLA, Josep María, “Libro II: Título XXI de los delitos relativos a ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (dir.) / Fermín MORALES PRATS (coord.), *Comentarios al nuevo código penal*, 3ª edición, Thomson-Aranzadi, 2004, págs. 2269-2380.

TAPSCOTT, Don, “Prefacio, promesas y peligros de la tecnología digital”, en Juan Luis CEBRIÁN, *La red. Cómo cambiarán nuestras vidas los nuevos medios de comunicación*, 2ª edición., Taurus, Madrid, 1998, págs. 13-34.

TAYLOR, Charles, *Hegel y la sociedad moderna*, traducción de Juan José UTRILA, Breviarios del Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 1983.

TÉLLEZ AGUILERA, Abel, *La delincuencia de las muchedumbres (estudio criminológico y jurídico penal de la muchedumbre criminal)*, impreso por U.A.H., Madrid, 1993.

TERNON, Yves, *El Estado criminal. Los genocidios del siglo XX*, traducción de Rodrigo RIVERA BARRERO, Ediciones Península, Barcelona, 1995.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M, “El Estado de Derecho y el fenómeno del terrorismo”, en José Ramón SERRANO PIEDECASAS / Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid, 2010, págs. 23-45.

TIEDEMANN, Klaus, “Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado”, traducción de Diego INIESTA, en Juan Luis GÓMEZ COLOMER / José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (coords.), *La reforma de la justicia penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)*, Publicaciones de la Universidad de Jaume I, Castelló de la Plana, 1997.

TODOROV, Tzvetan, *Los enemigos íntimos de la democracia*, 2ª edición, traducción de Noemí SOBREGUÉS, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2012.

TORÍO LÓPEZ, Ángel, “El concepto individual de culpabilidad”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 38, Fascículo II, Madrid, 1985, págs. 285-301.

ID., “El “error iuris”, perspectivas materiales y sistemáticas”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 44, Fascículo I, Madrid, 1991, págs. 25-40.

ID., “Cursos causales no verificables en Derecho penal”, en *ADPCP*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. 36, Fascículo II, Madrid, 1983, págs. 221-238.

ID., “Los delitos de peligro hipotético”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 34, Fascículo III, Madrid, 1981, págs. 825-847.

ID., “Naturaleza y ámbito de la teoría de la imputación objetiva”, en *ADPCP*, Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 39, Fascículo I, Madrid, 1986, págs. 33-48.

ID., “Beccaria y la inquisición española”, en *ADPCP*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, núm. 24, Fascículo II, Madrid, 1971, págs. 391-415.

ID., “El error evitable de prohibición en el Proyecto de Código Penal. Indicaciones de política legislativa sobre la teoría de la culpabilidad”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1980, págs. 247-269.

ID., “Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de «enajenación»”, en *Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, págs. 967-980.

ID., “Tipo, error de tipo y de prohibición: crítica de la Reforma Penal”, en Antonio BERISTAIN IPIÑA (ed.), *Reformas penales en el mundo de hoy*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Instituto Vasco de Criminología, Madrid, 1984, págs. 95-114.

ID., “El sustrato antropológico de las teorías penales” en Evelio VERDERA Y TUELLS (dir.), Marino BARBERO SANTOS (presentador), *RFDUC, Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*, núm. 11, Madrid, 1986, págs. 667-678.

ID., “La prohibición constitucional de las penas o tratos inhumanos o degradantes (esquema para su estudio)”, en Antonio BERISTAIN IPIÑA / José Luis DE LA CUESTA (comp.), *Los derechos humanos ante la criminología y el Derecho penal*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1985, págs. 104-129.

ID., “Fin de protección y ámbito de prohibición de la norma”, en *Estudios Penales y Criminológicos X*, Secretariado de Publicaciones Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1987, págs. 381-401.

ID., “Racionalidad y relatividad en las teorías jurídicas del delito”, en *Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa*, Tomo II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 1989, págs. 387-425.

ID., “La pena de muerte: problemática histórica y contemporánea”, en Juan CHURRUCA (dir.), *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 38/2, 2ª época, Fascículo 85, Bilbao, 1990, págs. 571-585.

ID., “Función político criminal de las teorías del injusto. Ejemplificación de *Lege Ferenda* sobre el homicidio preterintencional”, en *RFDUG Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero II*, núm. 13, Granada, 1987, 2º cuatrimestre, publicado en 1989, págs. 215-225.

ID., “Tipicidad.-Referencia a la teoría de los tipos abiertos”, en José JIMÉNEZ VILLAREJO (dir.), *CDJ, Vinculación del juez a la Ley penal*, Consejo General del Poder Judicial, núm. XVII, Madrid, 1995, págs. 9-33.

ID., “Ambigüedad del criterio de tipicidad en el Derecho penal actual”, en *Los Derechos fundamentales y Libertades públicas*, Publicaciones del Ministerio de Justicia, núm. II, Vol. I, Madrid, 1993, págs. 621-632.

ID., “Indicaciones político criminales sobre la imputación subjetiva”, en *Estudios Jurídicos. Libro conmemorativo del bicentenario de la Universidad de la Laguna*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de la Laguna, Tomo II, Madrid, 1993, págs. 1009-1025.

ID., “Imputabilidad general e individual en la teoría jurídica del delito”, en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS /Carlos María ROMERO CASABONA / Luis GRACIA MARTÍN / Juan Felipe HIGUERA GUIMERA (eds.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, reimpresión 2003, págs. 1017-1026.

TORRES NAFARRATE, Javier, *Luhmann: la Política como sistema*, Fondo de Cultura Económica Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Iberoamericana, Ciudad de México, 2004.

TRAPERO BARREALES, María A., *Los elementos subjetivos en las causas de justificación y de atipicidad penal*, Comares, Granada, 2000.

TUSQUETS, Juan, *Masonería y separatismo*, Ediciones Antisectarias, Burgos, 1937.

UGARTE, Javier, *El delito colectivo*, Asilo de Huérfanos del S.C. de Jesús, Madrid, 1915.

UNZUETA, Patxo, *El terrorismo. ETA y el problema vasco*, Ediciones Destino, Barcelona, 1997.

VALLE MUÑIZ, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1994.

VAN WEEZEL, Alex, “Coautoría en los delitos de organización”, en Eduardo MONTEALEGRE LYNETT (coord.), *Libro homenaje al Profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho penal*, Vol. II, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2003, págs. 277-323.

VARGAS LLOSA, Mario, “Las réplicas del 11 de septiembre”, en Umbero ECO / Baltasar GARZÓN / Felipe GONZÁLEZ / Juan GOYTISOLO / Gilles KEPPEL / John LE CARRÉ / Ahmed RASHID / Salman RUSHDIE / Edward W SAID / José SARAMAGO / Susan SONTAG / Mario VARGAS LLOSA, *El mundo después del 11 de septiembre de 2001*, Península-Atalaya, Barcelona, 2002, págs. 75-80.

VARGAS PINTO, Tatiana, *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007.

VELÁSQUEZ V, Fernando, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Temis, Bogotá, 2004.

VERVAELE, John A. E., *La legislación antiterrorista en Estados Unidos ¿inter arma silent leges?*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

ID., “La legislación antiterrorista en Estados Unidos: ¿Un Derecho penal del enemigo?”, en Nicolás GARCÍA RIVAS / Cristina RODRÍGUEZ YAGÜE (coord.), *El Derecho penal frente a la inseguridad global*, Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 171-216.

VIADA Y VILASECA, Salvador, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento cuarto a la 4ª edición del código, Madrid, 1906.

ID., *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento quinto a la 4ª edición del código, Madrid, 1911.

ID., Salvador, *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento segundo a la 4ª edición del código, Madrid, 1913.

ID., *Código penal reformado de 1870, concordado y comentado*, suplemento sexto a la 4ª edición del código, Madrid, 1915.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Introducción al Derecho mercantil*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso J., *Las fuerzas y cuerpos de seguridad: del orden público a la seguridad ciudadana*, Ara Solis, Oleiros, 1997.

VINYAMATA, Eduard, *Pandillas y maras. Aproximación a su comprensión y propuesta de estrategia de solución del conflicto que éstas generan desde la perspectiva de la Conflictología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

VIVES ANTÓN, “Delitos contra la seguridad interior del Estado. Delitos cometidos por bandas armadas y organizaciones terroristas y rebeldes”, en Manuel COBO DEL ROSAL / Tomás Salvador VIVES ANTÓN (coord.), *Derecho penal parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 69-85.

VON HENTIG, Hans, *Estudios de psicología criminal Vol. V. El gangster*, traducción de José María RODRÍGUEZ DEVESA, Espasa-Calpe, Madrid, 1965.

VON HIERING, Rudolf, *¿Es el Derecho una ciencia?*, traducción de Federico FERNÁNDEZ-CREHUET LÓPEZ, Comares, Granada, 2002.

ID., *El fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1978.

ID., *La lucha por el Derecho del interés en los contratos de posesión*, traducción de Adolfo GONZÁLEZ POSADA, Heliasta, Buenos Aires, 1974.

ID., *Sobre el nacimiento del sentimiento jurídico*, edición de Federico FERNÁNDEZ-CREHUET, Madrid, Mínima Trotta, 2008.

VON HIRSCH, Andrew, “El concepto de bien jurídico y el principio del daño”, traducción de Rafael ALCÁCER GUIRAO, en Roland HEFENDEHL, *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación el Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, edición española a cargo de Rafael ALCÁCER / María MARTÍN / Íñigo ORTIZ DE URBINA, Marcial Pons, Barcelona, 2007, págs. 37-52.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho penal*, traducido de la 20ª edición alemana por Luis JIMÉNEZ DE AZUA y adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano SALDAÑA, Tomo II, 2ª edición, Reus, Madrid, 1927.

WALDMANN, Peter, “Die zeitliche Dimension des Terrorismus”, en Peter WALDMANN (ed.), *Determinanten des Terrorismus*, 2ª edición, Velbrück Wissenschaft, Alemania, 2008, págs. 139-187.

WARDLAW, Grant, *Political Terrorism. Theory, tactics, and counter-measures*, 2ª edición, Universidad de Cambridge, Estados Unidos de Norte América, 2002.

WASHINGTON VALDEZ, Diana, *Cosecha de mujeres. Safari en el desierto mexicano. Toda la verdad sobre los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Chihuahua*, Océano, Barcelona, 2005.

WEBER, Max, *Sociología del poder. Los tipos de dominación*, traducción de Joaquín ABELLÁN, Alianza Editorial, Madrid, 2007.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán, parte general*, traducción de Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, 11ª edición, editorial jurídica de Chile, Santiago, 1976.

WILKINSON, Paul, *Terrorism versus democracy. The liberal state response*, Frank Cass Publishers, Londres-Nueva York, 2005.

WOLFGANG E., Marvin / FERRACUTTI, Franco, *La subcultura de la violencia*, traducción de Antonio GARZA Y GARZA, Fondo de Cultura Económica, México, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Temis, Bogotá, 1990.

ID., *Manual de Derecho penal. Parte general*, EDIAR, Buenos Aires, 1977.

ZDRAVOMÍŠLOV / SCHNEIDER / KŇELINA / RASHKÓVSKAIA, *Derecho penal soviético, parte general*, traducción de Nina DE LA MORA / Jorge GUERRERO, Temis, Bogotá, 1970.

ZERILLI, Andrea, *Fundamentos de organización y dirección general*, traducción de Franco ANGELI, Deusto, Bilbao, 1988.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, “Autoría y participación II”, en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (dir.) / María Rosa MORENO-TORRES HERRERA (coord.), *Fundamentos de Derecho penal, parte general, incorpora la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal*, 4ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 421-433.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura “Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales”, en Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE / Nieves SANZ MULAS (coords.), *Derecho penal de la democracia vs seguridad pública*, Comares, Granada, 2005.

ID., “Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas”, en *Revista de Derecho penal y proceso penal*, núm. 3, Aranzadi, Navarra, 2000, págs. 9-265.

ID., “Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal”, en Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ / Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, págs. 199-235.

ID., “Criminalidad organizada Unión Europea y sanciones a empresas”, en *Criminalidad Organizada reunión de la selección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en*

Budapest, edita el Gabinete del Rector de la Universidad de Castilla La Mancha, Almagro, 1999, págs. 55-89.

ID., “Redes internacionales y criminalidad: A propósito del modelo de “participación en organización criminal”, en Laura ZÚÑIGA RODRÍGUEZ / Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ / María del Rosario DIEGO DÍAZ-SANTOS (coords.), *El Derecho penal ante la globalización*, Colex, Madrid, 2002, págs. 51-71.

ID., “*Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*”, Comares, Granada, 2009.

LEGISLACIÓN Y CODIFICACIÓN

Código Penal Español

Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 22 de junio de 2002

Ley de Enjuiciamiento Criminal

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada

Ley Federal de Extinción de Dominio

RESOLUCIONES JUDICIALES

STS 1032/1979 de 8 de octubre

STS 199/1987 de 16 de diciembre

STS 10/1998 de 12 de marzo

STS 136/1999 de 20 de julio

STS 234/2001 de 3 de mayo

STS 1293/2001 de 28 de julio

STS 546/2002 de 20 de marzo

STS 1127/2002 de 17 de junio

STS 1523/2004 de 23 diciembre

STS 36/2005 de 26 de septiembre

STS 14/2006 de 31 de marzo

STS 596/2007

STS 503/2008 de 17 de julio

STS 480/2009 de 22 mayo

STS 1009/2009 de 19 de octubre

STS 493/2010 de 25 de abril

ATS de 14 de junio de 2002,

ATS 1099/2006 de 11 de mayo

Tribunales Colegiados de Circuito, 9ª época, que al rubro se titula “Delincuencia organizada, naturaleza del delito de”.

Tribunales Colegiados de Circuito en la 9ª época, que al rubro se titula “Pandilla, agravante de. No opera en los delitos en los que no se ejerce violencia sobre la víctima”.

Tribunales Colegiados de Circuito, 9ª época, que al rubro se titula “Orden público. Es un concepto jurídico indeterminado que se actualiza en cada caso concreto, atendiendo a las reglas mínimas de convivencia social”.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

<http://www.bibliojuridica.org/libros/3/1043/12.pdf>,

http://excelsior.com.mx/index.php?m=nota&id_nota=741169

<http://quien gobiernamexico.wordpress.com/2011/05/30/mandos-militares-molestos/>

<http://www.avt.org/actualidad/noticias-y-comunicados/avt-izquierda-abertzale-batasuna-y-batasuna-eta/530>

<http://www.eluniversal.com.mx/notas/728172.html>

<http://www.eluniversal.com/2011/05/16/cuatro-policias-y-dos-civiles-muertos-en-un-ataque-a-balazos-en-sur-de-mexico.shtml>

<http://www.imagendelgolfo.com.mx/resumen.php?id=276732>

www.forbes.com/lists/2010/10/billionaires-2010TheWorlds-Billionaries_Rank.html

www.jornada.unam.mx/2007/06/04/index.php?section=politica&article=014n1pol.

Sitio web, *El caminante*, por Tomás ENRIC, “Mujeres terroristas, una tendencia a la alza”, en <http://enricomas.blogspot.com.es/2010/03/mujeres-terroristas-una-tendencia-al.html>

DICCIONARIOS

Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, 22ª edición, tomos I y II, Madrid, 2005.

Diccionario ideológico de la lengua española, de la Real Academia Española. De la idea a la palabra; de la palabra a la idea, 2ª edición, editorial Gustavo Gili, S.A., Barcelona, 2001.

Diccionario de términos económicos, financieros y comerciales, inglés-español, español-inglés, Ariel, Barcelona, 1996.

Breve diccionario etimológico de de la lengua castellana, 3ª edición muy revisada y mejorada, Gredos, Madrid, 1983.

Gran diccionario de sinónimos y antónimos, Espasa Calpe, Madrid, 1991.

Diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, 22ª edición, tomos I y II, Madrid, 2005.