

“Derecho penal” del enemigo y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código penal español después de la LO 7/2000*

Manuel CANCIO MELIA

I. INTRODUCCION

1. El Derecho penal de los Estados occidentales se encuentra en un momento de radicales cambios en el “clima” político-criminal. En este sentido, dentro de las reflexiones político-criminales de los últimos años, el fenómeno que sin duda alguna merece la calificación de la cuestión central es la evolución en la legislación penal conocida desde una perspectiva crítica como *expansión del Derecho penal*¹, un término que ha utilizado Silva Sánchez en una monografía dedicada a caracterizar la política criminal de las sociedades postindustriales. En efecto, en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores. Desde el punto de vista de numerosos autores, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo”² de características antiliberales³.

* Este texto es una versión, levemente reformada y provista de un muy limitado aparato bibliográfico, de una ponencia presentada por el autor el día 28.2.2001 en el seminario de Derecho penal dirigido por el profesor Jesús María Silva Sánchez en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona; ponencia que también fue expuesta en una reunión del Grupo de Estudios Críticos/la undécima tesis (Madrid). Agradezco a todos los participantes en aquellas discusiones sus valiosas aportaciones. También agradezco de modo muy especial el diálogo sobre el problema aquí abordado que he tenido ocasión de mantener con posterioridad —en el marco de una estancia de investigación realizada con ayuda de una beca de la fundación Alexander von Humboldt— con el profesor Günther Jakobs y con el Dr. Bernd Müssig en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Bonn.

¹ Vid. de momento sólo la sintética exposición de Silva Sánchez, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 1999, *passim* —en un trabajo en el que resulta muy atractiva la síntesis de los distintos problemas actuales de la política criminal y algo descorazonadora la resignación con la que el autor asume la existencia de un Derecho penal de dos velocidades en el futuro (un Derecho penal clásico, con todas las garantías, cuando se prevea pena privativa de libertad, y un Derecho penal “moderno” menos garantista, sin penas privativas de libertad), págs. 115 y ss., 128 y ss.—, o la de Sánchez García de Paz, *El moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, 1999, *passim*, o Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad de riesgo*, 2001, *passim*, y, desde otra perspectiva, más amplia en el tiempo, el análisis de orientación sociológica acerca de la expansión como ley de evolución de los sistemas penales hecho por Müller-Tuckfeld, *Integrationsprävention. Studien zu einer Theorie der gesellschaftlichen Funktion des Strafrechts*, 1998, págs. 178 y ss., 345, por otro.

² Sobre este concepto exhaustivamente Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsfürsorge*, 1991, págs. 50 y ss.

Para caracterizar esta evolución expansiva se vienen utilizando diversos conceptos teóricos⁴:

Respecto de algunas infracciones, se habla de que constituyen mero “Derecho penal simbólico”: figuras que parecen únicamente destinadas a proporcionar réditos políticos a corto plazo a quien promueve su aprobación, sin que merezcan atención alguna ni los aspectos técnico-legislativos de su redacción ni sus demás condiciones de aplicación en la práctica⁵.

En relación con otros sectores de regulación, se advierte la existencia en el debate político de un verdadero “clima punitivista”⁶: el recurso a un incremento cualitativo y cuantitativo en el alcance de la criminalización como único criterio político-criminal. Estos procesos de criminalización —y esto es nuevo— en mu-

³ Vid. las aproximaciones críticas —desde la perspectiva de la llamada “teoría personal del bien jurídico”— de Hassemer, “Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre”, en: *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1989, págs. 85 y ss.; idem, “Sozialtechnologie und Moral; Symbolik und Rechtsgüter”, en: Jung/Müller-Dietz/Neumann (ed.), *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, 1992, págs. 329 y ss.; le siguen Herzog, *Unsicherheit*, págs. 116 y ss., y Hohmann, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte: Grenzen des strafrechtlichen Umweltschutzes*, 1991, págs. 58 y ss. Próximos son los puntos de partida de Kargl, “Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz”, en: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt a. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995 (obra colectiva recientemente traducida al español por un grupo de profesores de Derecho penal de la Universitat Pompeu Fabra [Barcelona] bajo el título *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000), pág. 53 (págs. 58 y ss.); Nessler, “Rechtsgüterschutz und die Strafbarkeit des Besitzes von Schusswaffen und Betäubungsmitteln”, *ibidem*, págs. 65 y ss.; Staechelin, “Läßt sich das ‘Untermaßverbot’ mit einem liberalen Strafrecht vereinbaren?”, *ibidem*, pág. 267 (págs. 277 y ss.); vid., por todos, el análisis crítico del potencial de esta aproximación a la teoría del bien jurídico desarrollado por Müssig, *Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría del bien jurídico crítica hacia el sistema*, 2001, *passim*.

⁴ Cfr. respecto de lo que sigue también Cancio Meliá, “Dogmática y política criminal en una teoría funcional del delito”, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, Santa Fe, 2000, págs. 122 y ss., con ulteriores referencias.

⁵ Vid. sobre esta noción, por todos, las amplias referencias y diversas clasificaciones de Voß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur Rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, *passim*; cfr. también, más sucintamente, Prittwitz, *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, 1993, págs. 253 y ss.; tuvo una repercusión muy destacada en el desarrollo de la discusión doctrinal en el ámbito jurídico-penal el artículo de Hassemer, “Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz”, *NSZ* 1989, págs. 553 y ss.; vid. con carácter general, también en lo que se refiere a la doctrina de habla española, por todos, la exposición de Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 1992, págs. 304 y ss.; Díez Ripollés, “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, manuscrito de la ponencia presentada al congreso “Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la escuela de Frankfurt”, Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Toledo, 13.-15.4.2000, págs. 14 y ss., ambos con ulteriores referencias.

⁶ Cfr. Cancio Meliá, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, págs. 131 y ss., 135 y ss.

chas ocasiones se producen con coordenadas políticas distintas al reparto de roles tradicional que podría resumirse en la siguiente fórmula: izquierda política-demanda de descriminalización/derecha política-demanda de criminalización⁷. En este sentido, estamos, como se verá a continuación, ante un fenómeno que supera, con mucho, el tradicional "populismo" en la legislación penal.

Respecto de la izquierda política resulta especialmente llamativo el cambio de actitud: de una línea —simplificando— que identificaba la criminalización de determinadas conductas como mecanismos de represión para el mantenimiento del sistema económico-político de dominación⁸ a una línea que descubre las pretensiones de neo-criminalización específicamente de izquierdas⁹: delitos de discriminación, delitos en la que las víctimas son mujeres maltratadas, etc.¹⁰ Sin embargo, evidentemente, el cuadro estaría incompleto sin hacer referencia a un cambio de actitud también en la derecha política: en el contexto de la evolución de las posiciones de estas fuerzas, también en materia de política criminal, nadie quiere ser "conservador", sino igual de "progresista" (o más) que todos los demás grupos. En este sentido, la derecha política —en particular, me refiero a la situación en España— ha descubierto que la aprobación de normas penales es una vía para adquirir matices políticos "progresistas"¹¹. Igual que la izquierda política ha descubierto lo rentable que puede resultar el discurso de *law and order*, antes monopolizado por la derecha, la derecha política se suma, cuando puede, al orden del día político-criminal que cabría suponer, en principio, perteneciente a la izquierda —una situación que genera una escalada en la que ya nadie está en disposición de discutir de verdad cuestiones de política criminal en el ámbito parlamentario y en la que la demanda indiscriminada de mayores y "más efectivas" penas ya no es un tabú político para nadie.

El modo más claro de apreciar la dimensión de este

fenómeno quizás esté en recordar que incluso conduce a la rehabilitación de nociones —abandonadas hace años en el discurso teórico de los ordenamientos penales continentales— como la de inocuización¹².

Finalmente, al referirse a algunos ámbitos del ordenamiento penal, se hace uso del concepto de "*Derecho penal del enemigo*"¹³: un Derecho penal —como ya indica la denominación— que trata a los infractores en alguna medida no como ciudadanos, es decir, como sujetos que no han respetado los mínimos de convivencia condensados en las normas penales y que deben ser desautorizados mediante la pena, sino como enemigos, como meras fuentes de peligro que deben ser neutralizadas del modo que sea, cueste lo que cueste. Mediante este tipo de normas —ya existentes en el ordenamiento jurídico actual¹⁴—, el "Estado no habla con sus ciudadanos, sino amenaza a sus enemigos"¹⁵.

2. Por otra parte, como es sabido, la persistencia —sobre todo— de la actividad delictiva de la organización armada ETA en España coloca las infracciones en materia de terrorismo en un plano de actualidad que es desconocido, afortunadamente, en otros países de nuestro entorno. En este sentido, la evolución en las tácticas de actuación de ETA, de la que parece formar parte la aparición de grupos situados al menos en su entorno próximo y que realizan actividades de destrozos y hostigamiento de menor entidad en comparación con los atentados "clásicos" (*kale borroka*) no sólo han desencadenado cambios en los modelos de intervención de las fuerzas de policía y un debate político intenso, sino también una discusión político-legislativa que se ha concretado hasta el momento en la aprobación de la LO 7/2000.

3. En las presentes páginas se pretende poner en relación, mediante unas muy breves reflexiones, el concepto teórico mencionado en último lugar —el de "Derecho penal del enemigo"— con el Derecho penal español en materia de terrorismo, y, en particular, en su configuración después de la última reforma producida por la LO 7/2000.

En lo que sigue, en primer lugar, se intenta ofrecer una breve definición de lo que puede considerarse qué es "Derecho penal del enemigo" y algunas reflexiones iniciales acerca de la valoración que deben merecer tales normas penales (*infra* II.). A continuación, se intentará analizar hasta qué punto puede afirmarse que el Derecho penal español en materia de terrorismo contiene elementos de un "Derecho pe-

⁷ Así, por ejemplo, subraya Schumann respecto de las infracciones en la órbita de manifestaciones neonazis que existe un consenso izquierda-derecha a la hora de reclamar la intervención del Derecho penal, StV 1993, pág. 324. Vid. en este sentido, por lo demás, las consideraciones sobre las demandas de criminalización de la socialdemocracia europea en Silva Sánchez, *La expansión*, págs. 50 y ss.; se trata de una situación —como se esboza a continuación en el texto— en la que cualquier colectivo tiene "sus" pretensiones frente a la legislación penal: cfr. la exposición sintomática de Albrecht, en: Institut für Kriminalwissenschaftlichen Frankfurt am Main (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, pág. 429; respecto de la persecución de fines de llamada moral haciendo uso de la legislación penal sólo Voß, *Symbolische Gesetzgebung*, págs. 28 y ss.

⁸ Vid. Silva Sánchez, *La expansión*, pág. 47 con nota 71; movimiento paralelo en las ciencias penales: la criminología crítica con pretensiones abolicionistas; vid. sólo la panorámica trazada por Silva Sánchez, *Aproximación*, págs. 18 y ss.

⁹ "Go and tell a worker robbed of his week's wages or a raped woman that crime doesn't exist" frase significativa del criminólogo Young, citada por Silva Sánchez, *Aproximación*, pág. 23 nota 36.

¹⁰ Vid. sobre esto, con particular referencia a la socialdemocracia europea, Silva Sánchez, *La expansión*, págs. 47 y s., con ulteriores referencias.

¹¹ Sólo así se explica que haya sido precisamente la derecha política, en el gobierno, la que haya impulsado y aprobado una modificación del delito de acoso sexual, regulado en el artículo 184 CP, que supone una vuelta de tuerca sobre la regulación poco afortunada introducida en el CPespe de 1995 (es decir, dicho sea de paso, que este sector del Código, el relativo a la libertad sexual, ha sido reformado a los tres años de haber entrado en vigor).

¹² Cfr. sólo Silva Sánchez, "El retorno de la inocuización. El caso de las reacciones jurídico-penales frente a los delincuentes sexuales violentos", en: idem, *Estudios de Derecho penal*, 2000, págs. 233 y ss.

¹³ Noción en la que, como se verá a continuación en el texto, se funden en realidad los dos fenómenos antes mencionados (Derecho penal simbólico y punitivismo), que, a su vez, son difíciles de deslindar entre sí, cfr. Cancio Meliá, en: Jakobs/Cancio Meliá, *Conferencias sobre temas penales*, págs. 133 y s.

¹⁴ Así Jakobs, en: "La ciencia del Derecho penal frente a las exigencias del presente", en: Consejo General del Poder Judicial/Xunta de Galicia (ed.), *Escuela de verano del Poder Judicial. Estudios de Derecho judicial*, 20, 1999, págs. 139 y 140, Silva Sánchez, *La expansión*, segunda edición (en prensa), manuscrito, pág. 230.

¹⁵ Jakobs, en: *Estudios de Derecho judicial*, 20, pág. 139; cfr. a continuación en el texto.

nal del enemigo" (*infra* III.). Para ello, se examinarán —en ambos casos, muy brevemente— tanto lo que podría llamarse la "Parte General" (*infra* III.2.) de los delitos de terrorismo como —a modo de ejemplo— algunas infracciones individuales del actual Derecho penal español en esta materia (*infra* III.3.).

II. EL "DERECHO PENAL" DEL ENEMIGO

1. Una definición

De acuerdo con la definición propuesta por *Jakobs*, el autor que ha introducido el término "Derecho penal del enemigo" en la discusión teórica reciente¹⁶, éste se caracteriza, *en primer lugar*, por un "amplio adelantamiento de la punibilidad", es decir, la adopción por parte del ordenamiento de una perspectiva fundamentalmente prospectiva (punto de referencia: el hecho que va a cometerse) frente a la normal orientación retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido) del Derecho penal. *En segundo lugar*, por un incremento comparativo notable de las penas frente al Derecho penal "normal". *En tercer lugar*, por la relajación o la supresión de determinadas garantías procesales individuales¹⁷.

Para completar las características específicas de estas normas penales parece que, además, han de mencionarse *otros dos elementos definitorios*: *en primer lugar*, más allá de la mera anticipación de la barrera de punición, cabe detectar que en algunas ocasiones no se incriminan "hechos" propiamente dichos, sino conductas cuya relevancia reside sobre todo en su contenido simbólico. Por otro lado, *en segundo lugar*, también se advierten peculiaridades en la técnica de redacción de estas infracciones: frecuentemente se utilizan términos tan vaporosos y ambiguos que se genera la sensación de que el legislador ha querido eludir conscientemente las "complejidades"¹⁸ derivadas del mandato de determinación que conlleva el principio de legalidad.

2. ¿Una "tercera velocidad" del Derecho penal moderno?

a) Ante el actual clima político-criminal de acelerada creación de nuevos ámbitos de incriminación al

que antes se ha hecho referencia, *Silva Sánchez* ha propuesto diferenciar entre "dos velocidades" del Derecho penal: la "primera velocidad" sería aquel sector del ordenamiento en el que se imponen penas privativas de libertad, y en el que, según *Silva Sánchez*, deben mantenerse de modo estricto los principios político-criminales, las reglas de imputación y los principios procesales clásicos. La "segunda velocidad" vendría constituida por aquellas infracciones en las que, al imponerse sólo penas pecuniarias o privativas de derechos —tratándose de figuras delictivas de nuevo cuño—, cabría flexibilizar de modo proporcionado a la menor gravedad de las sanciones esos principios y reglas "clásicos"¹⁹. Con independencia de que tal propuesta pueda parecer acertada o no —una cuestión que excede de estas breves consideraciones—, la imagen de las "dos velocidades" induce inmediatamente a pensar —como ya ha hecho el propio *Silva Sánchez*²⁰— en el antes mencionado Derecho penal del enemigo como "tercera velocidad", en el que coexistirían la imposición de penas privativas de libertad y la "flexibilización" de los principios político-criminales y las reglas de imputación.

¿Es entonces el "Derecho penal del enemigo" una "tercera velocidad" del Derecho penal, excepcional, pero "inevitable" en algunos pocos supuestos, en los que determinados modelos de actividad delictiva "amenazan con socavar los fundamentos últimos de la sociedad constituida en Estado"²¹? ¿Es la inevitable reacción (instrumental, para neutralizar el riesgo) frente a quien "ha abandonado el Derecho... [y] ya no garantiza el mínimo de seguridad cognitiva del comportamiento personal", quienes, en suma, "son actualmente no-personas"²²?

b) Desde la perspectiva aquí defendida —y sin pretender entrar de modo exhaustivo en el incipiente debate al respecto²³— la respuesta a estas cuestiones es negativa.

A esta conclusión se podrá llegar, por lo general, por dos vías: por un lado, si se alcanza la convicción de que algunas de las decisiones normativas del "Derecho penal del enemigo" no cumplen con los criterios de *legitimidad* que establece nuestro sistema jurídico(-constitucional)²⁴. Por otro lado, si se

¹⁶ Cfr. *Silva Sánchez*, *La expansión*, págs. 115 y ss., 118 y ss.

¹⁷ En la segunda edición (en prensa) de su monografía *La expansión*, manuscrito, 8., págs. 230 y ss.

¹⁸ En este sentido, si bien expresamente "con reservas", y señalando que debería quedar reducido "a la mínima expresión", *Silva Sánchez*, en la segunda edición (en prensa) de su monografía *La expansión*, manuscrito, 8., págs. 231, 234.

¹⁹ *Jakobs*, en: *Estudios de Derecho judicial* 20, págs. 139 y 140; parece de acuerdo en la necesidad de "seguridad fáctica" como criterio relevante *Feijóo Sánchez*, "Sobre el contenido y la evolución del Derecho penal español tras la LO 5/2000 y la LO 7/2000", en prensa para: RJUAM, texto correspondiente a nota 56 y ss.

²⁰ Cfr. las distintas aproximaciones a la noción de "Derecho penal del enemigo" que han presentado, por ejemplo, *Kindhäuser*, *Gefährdung als Straftat*, 1989, págs. 177 y ss.; *Schulz*, "Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkungen zum 'Feindstrafrecht'", *ZStW* 112 (2000), págs. 653 y ss., 659 y ss.; *Silva Sánchez*, en la segunda edición (en prensa) de su monografía *La expansión*, manuscrito, 8., págs. 230 y ss., *Feijóo Sánchez*, en prensa para RJUAM, texto correspondiente a partir de nota 49.

²¹ Cfr., por ejemplo, en esta línea las consideraciones críticas

¹⁶ Si bien, como ahora indica *Silva Sánchez* —en la segunda edición (en prensa) de su monografía *La expansión*, manuscrito pág. 233, nota 385—, pueden encontrarse antecedentes de esta construcción en la ideología de la "inocuidación" de los delincuentes "incurables", muy extendida en la discusión teórica europea anterior a la segunda guerra mundial; cfr. *Muñoz Conde*, "Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar", *DOXA* 15-16 (1994), págs. 1025 y ss., 1031 y ss.

¹⁷ Vid. últimamente *Jakobs*, en: *Estudios de Derecho judicial* 20, págs. 137 y ss.; idem, "Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart", en: *Eser/Hassmer/Burkhardt* (ed.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick*, 2000, págs. 47 y ss., 51 y ss.; ya antes idem, "Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung", en: *ZStW* 97 (1985), págs. 753 y ss. (= *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1997, págs. 293 y ss.) e idem, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª edición, 1991, 2/25c.

¹⁸ Un término utilizado en varias ocasiones en la Exposición de Motivos, precisamente, de la LO 7/2000, para designar un "problema" a superar.

considera que una falta de *efectividad* (en el plano preventivo-fáctico) de tales normas de "Derecho penal del enemigo" conduce a un balance negativo en la valoración de los "costes" para el sistema jurídico-penal en comparación con los "beneficios" preventivos²⁵.

Estas son consideraciones —el debate externo al sistema jurídico-penal acerca de la legitimidad y el debate acerca de la efectividad instrumental— útiles y necesarias. Sin embargo, aquí se intentará esbozar que hay, además de las dos vías argumentativas mencionadas, otras razones para concluir que el "Derecho penal del enemigo" es inadecuado: no por consideraciones valorativas acerca de la legitimidad de tal o cual medida propia de un "Derecho penal del enemigo", tampoco porque tal "Derecho penal del enemigo" no "sirva" para nada en términos preventivos, sino ya por una cuestión previa, interna al sistema de imputación específicamente jurídico-penal: por una característica de la construcción del concepto de "Derecho penal del enemigo" que impide que éste se use referido a un sistema de verdadero *Derecho penal*.

c) En efecto, cuando se argumenta que los fenómenos frente a los que reacciona el "Derecho penal del enemigo" son peligros que ponen en cuestión la existencia de la sociedad, o que es la autoexclusión de la condición de persona lo que genera una necesidad de procurar una especial seguridad cognitiva frente a tales sujetos, se ignora, en primer lugar, que la percepción de los riesgos —como es sabido en sociología— es una construcción social que no está relacionada con las dimensiones reales de determinadas amenazas²⁶. Desde la perspectiva aquí adoptada, también en este caso se da esa disparidad. Los fenómenos frente a los que reacciona el "Derecho penal del enemigo" no tienen esa especial "peligrosidad terminal" (para la sociedad) que se predica de ellos. Al menos entre los "candidatos" a "enemigos" de las sociedades occidentales, no parece que pueda apreciarse que haya alguno —ni la "criminalidad organizada", ni las "mafias de las drogas", ni tampoco ETA— que realmente pueda poner en cuestión los parámetros fundamentales de las sociedades correspondientes en un futuro previsible. Esto es especialmente claro si se compara la dimensión meramente numérica de las lesiones de bienes jurídicos personales sufridas por tales conductas delictivas con otro tipo de infracciones crimi-

nales que se cometen de modo masivo y que entran, en cambio, plenamente dentro de la "normalidad".

Entonces, ¿qué tienen de especial los fenómenos frente a los cuales responde el "Derecho penal del enemigo"? ¿Que característica especial explica, en el plano fáctico, que se reaccione de ese modo frente a precisamente esas conductas?

La respuesta a esta pregunta está en que se trata de comportamientos delictivos que afectan, ciertamente, a elementos esenciales y especialmente vulnerables de la identidad de las sociedades en cuestión. Pero no en el sentido en el que lo entiende la concepción antes examinada —en el sentido de un riesgo fáctico extraordinario para esos elementos esenciales—, sino ante todo en un determinado *plano simbólico*²⁷:

Es sabido que precisamente *Jakobs* representa una teoría del delito y del Derecho penal en la que ocupa un lugar preeminente —dicho de modo simplificado, claro está— el entendimiento del fenómeno penal como perteneciente al mundo de lo normativo, de los significados, por contraposición al de las cosas²⁸. Desde esta perspectiva, toda infracción criminal supone, como resultado específicamente penal, el quebrantamiento de la norma, entendido éste como la puesta en duda de la vigencia de esa norma: la pena reacciona frente a ese cuestionamiento por medio del delito reafirmando la validez de la norma: prevención general positiva²⁹.

Pues bien, estos supuestos de conductas de "enemigos" se caracterizan por producir ese quebrantamiento de la norma respecto de configuraciones sociales estimadas esenciales, pero que son *especialmente vulnerables*, más allá de las lesiones de bienes jurídicos de titularidad individual. Así, no parece demasiado aventurado formular varias hipótesis en este sentido: que el punitivismo existente en materia de drogas puede estar relacionado no sólo con las evidentes consecuencias sociales negativas de su consumo, sino también con la escasa fundamentación axiológica y efectividad de las políticas contra el consumo de drogas en las sociedades occidentales; que la "criminalidad organizada", en aquellos países en los que existe como realidad significativa, causa perjuicios a la sociedad en su conjunto, incluyendo también la infiltración de sus organizaciones en el tejido político, de modo que amenaza no sólo a las haciendas u otros bienes personales de los ciudadanos, sino al propio sistema político-institucional; que ETA, finalmente, no sólo mata, hiere y secuestra, sino pone en cuestión un consenso constitucional muy delicado y frágil en lo que se refiere a la organización territorial de España.

de López Garrido, *Terrorismo, política y Derecho. La legislación antiterrorista en España, Reino Unido, República Federal de Alemania, Italia y Francia*, 1987, págs. 147 y ss., con ulteriores referencias

²⁵ Dentro de este balance debería tenerse en cuenta de modo muy especial que las normas de estas características tienden a contaminar otros ámbitos de incriminación —como muestran múltiples ejemplos históricos—, de modo que es ilusoria la imagen de dos sectores del Derecho penal (el Derecho penal de ciudadanos y el Derecho penal de enemigos) que puedan convivir en un mismo ordenamiento jurídico. Aparte de ello, en el balance de "efectividad" ha de considerarse que el Derecho penal del enemigo puede representar en alguna ocasión un éxito parcial, precisamente, para el "enemigo"; sobre la falta de efectividad, que supondría abrir un capítulo distinto, cfr. sólo Feijóo Sánchez, en prensa RJUAM, texto correspondiente a n. 60 y ss.

²⁶ Vid. últimamente sólo Mendoza Buergo, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, págs. 30 y ss., con ulteriores referencias.

²⁷ Con carácter general, por ejemplo García San Pedro, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, 1993, págs. 139 y ss., caracteriza al terrorismo como "violencia simbólica".

²⁸ Cfr., por todos, Peñaranda Ramos/Suarez Gonzalez/Cancio Melia, *Un nuevo sistema del Derecho penal. Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, 1999, *passim*; desde otro punto de vista, más crítico, vid. sólo la argumentación en profundidad que presenta el muy interesante estudio llevado a cabo recientemente por Alcácer Guirao, "Facticidad y normatividad. Notas sobre la relación entre ciencias sociales y Derecho penal", AP 13-2001, págs. 229 y ss., especialmente, págs. 242 y ss.

²⁹ Vid. sólo Jakobs, AT2, 1/4 y ss., 2/16, 2/25a, 25/15, 25/20

Si esto es así, es decir, si es cierto que la característica especial de las conductas frente a las que existe o se reclama "Derecho penal del enemigo" está en que afectan a elementos de especial vulnerabilidad en la identidad social, la respuesta funcional no puede estar —más allá de la adaptación de la pena a la especial significación social y de lesividad de los hechos, lo que es perfectamente adecuado, como más adelante se indicará— en el cambio de paradigma que supone el Derecho penal del enemigo, sino que, precisamente, la respuesta idónea en el plano simbólico al cuestionamiento de una norma esencial *debe estar en la manifestación de normalidad*, en la negación de la excepcionalidad, de la capacidad de cuestionar —más allá de los daños materiales—, precisamente, esos elementos esenciales amenazados. Dicho desde la perspectiva del "enemigo", la pretendida autoexclusión de la personalidad por parte de éste —manifestada en la adhesión a la "sociedad" mafiosa en lugar de a la sociedad civil, o en el rechazo de la legitimidad del Estado en su conjunto, tildándolo de "fuerza de ocupación" en el País Vasco— no debe estar a su alcance, puesto que la cualidad de persona es una atribución. Es el Estado quien decide mediante su ordenamiento jurídico quién es ciudadano y cuál es el *status* que tal condición comporta: no cabe admitir apostasias del *status* de ciudadano. La mayor desautorización que puede corresponder a esa defección intentada por el "enemigo" es la reafirmación de la pertenencia del sujeto en cuestión a la ciudadanía general, es decir, la afirmación de que su infracción es un delito común, no un acto cometido en una guerra, sea entre bandas o contra un Estado pretendidamente opresor.

Por lo tanto, la cuestión de si puede haber *Derecho* penal del enemigo queda resuelta negativamente. Precisamente desde la perspectiva de un entendimiento de la pena y del Derecho penal con base en la prevención general positiva, la reacción que reconoce excepcionalidad a la infracción del "enemigo" mediante un cambio de paradigma de principios y reglas de responsabilidad penal es disfuncional de acuerdo con el concepto de Derecho penal.

Con ello queda claro también cuál puede ser la utilidad del concepto de "Derecho penal del enemigo" para la ciencia del Derecho penal: puede ser un instrumento para identificar y describir sectores del ordenamiento penal actualmente existente que son algo más que indeseables e ineficaces, que son incoherentes, para distinguir de modo crítico lo que es verdadero Derecho penal de lo que sólo se llama así³⁰.

III. "DERECHO PENAL" DEL ENEMIGO Y DELITOS DE TERRORISMO

1. Introducción

De lo que se trata ahora, entonces, es de determinar en qué medida hay Derecho penal del enemigo en las infracciones de terrorismo en Derecho penal español, y ello con especial referencia a los

cambios introducidos por la LO 7/2000. En lo que sigue, sólo se abordarán respecto de esa reforma³¹, a modo de ejemplo, algunos³² elementos relevantes para esta cuestión general, dejando de lado algún aspecto técnico de la redacción y la "irreflexión"³³ que cabe apreciar de modo general en su elaboración³⁴.

2. Cuestiones generales

a) En primer lugar, debe subrayarse que precisamente —como parece obvio— las infracciones en materia de terrorismo resultan especialmente adecuadas para efectuar un análisis acerca de si hay o no hay "Derecho penal del enemigo" en este sector.

Por un lado, porque se trata de infracciones en las que se presenta con mayor nitidez el discurso paralelo a la guerra, a la confrontación, precisamente, con "enemigos", tanto por el lado de algunos representantes del Estado, como, sobre todo, por el lado de los infractores, quienes se ven en muchas ocasiones como partícipes en una verdadera "lucha" o incluso "guerra". En efecto, los delitos de terrorismo ocupan en todo caso un lugar muy especial en el ordenamiento jurídico-penal³⁵. Pues parece claro que las finalidades y el significado políticos³⁶ perseguidos por quienes realizan estas infracciones otorgan un carácter específico a este ámbito. Los delitos en cuestión se caracterizan porque su comisión no sólo afecta a los bienes jurídicos individuales atacados, sino significa al mismo tiempo —como antes se decía en general respecto de los ámbitos de "Derecho penal del enemigo"— un cuestionamiento drástico de los elementos esenciales previstos en nuestro

³¹ Respecto de la ya larga historia del Derecho penal en materia de terrorismo en diversos países de nuestro entorno, vid., por ejemplo, Lopez Gamido, *Terrorismo, política y Derecho*, págs. 55 y ss.

³² En particular, queda fuera de consideración la irrupción violenta en el sistema del recién construido Derecho penal de menores que supone la LO 7/2000 en virtud de la ocurrencia de que "un terrorista es un terrorista"; se trata de modificaciones evidentemente incompatibles con el espíritu específico de la legislación de menores y evidentemente contrarias al principio de proporcionalidad; vid. sólo la sintética argumentación de Díez Ripollés (con Alonso Suárez y García Arán), en: *El País* de 12.10.2000, pag. 15.

³³ Lamarca Pérez, "Análisis del Proyecto de Reforma en materia de terrorismo", en: Zúñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, 2001, pag. 102.

³⁴ Como muestra, en primer lugar, el hecho de que, en algunos casos, se aprecie en la regulación una reacción puntual y específica a algún suceso político concreto (a nadie le resultará difícil identificar el "artículo Otegi" o el "artículo Josu Ternera" en la LO 7/2000) que parece poco compatible con la serena meditación que se supone al legislador. En segundo lugar, tal irreflexión también puede apreciarse en que no se han tenido en cuenta, aparentemente, en la elaboración de los nuevos preceptos los resultados negativos que la aplicación de normas similares ha arrojado en momentos históricos anteriores en otros países (cfr. respecto del caso alemán sólo Dencker, "Das Gesetz zur Bekämpfung des Terrorismus", *StV* 3/1987, págs. 117 y ss. o en Italia, Ferrajoli, *Derecho y razón*, págs. 807 y ss.; Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997).

³⁵ Cfr. respecto de lo que sigue Cancio Meliá, en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.) et al., *Comentarios al Código penal*, 1997, págs. 1384 y ss.

³⁶ Cfr., por ejemplo, García San Pedro, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, págs. 123 y ss., con ulteriores referencias; vid también la STS 12.3.1992.

* Jakobs, en: *Estudios de Derecho judicial* 20, pag. 137.

ordenamiento para la solución de conflictos, para la organización básica de la sociedad³⁷. En este sentido, si bien es cierto que estas infracciones guardan relación con el bien jurídico "orden público"—que es el tutelado por el título XXII, en el que se encuentra la secc. 2ª del cap. V [arts. 571 a 580 CP], y respecto del cual constituyen una perturbación de primera magnitud—, también lo es que hubiera podido plantearse su inclusión en el Título XXI (delitos contra la Constitución), ya que en última instancia, como se ha dicho, las actividades incriminadas afectan a los elementos esenciales de la organización social recogidos en la Constitución³⁸. En todo caso, el legislador ha intentado reflejar esa particularidad de las infracciones de terrorismo mediante la definición establecida en el artículo 571 CP, al señalar que las finalidades perseguidas han de ser las de "subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública".

b) ¿Cuál es la idiosincrasia de esta regulación? Puede decirse que participa de lo que se podría denominar la "ideología de la normalidad": en efecto, continuamente se insiste de que su inclusión en el Código y su tratamiento con las armas del Derecho penal ordinario revelan que el ordenamiento los considera ataques contra la convivencia social, como otras infracciones penales —y no como actos de guerra o "delitos políticos"—.

Esto se manifiesta en que el legislador español no ha optado por una Ley especial³⁹—que indicaría un carácter excepcional—, sino incluye estas infracciones en el Código; en que, como acaba de decirse, se introduzcan estas figuras entre los delitos contra el orden público (y no en los delitos contra la Constitución); en que la (mera) pertenencia a banda armada u organización terrorista se haya incluido entre los demás supuestos de pertenencia a una asociación ilícita⁴⁰; en que la nueva redacción de los preceptos correspondientes permita ahora incluir sin dificultades en el concepto de terrorismo las bandas parapoliciales⁴¹; en suma, se trata de infracciones que no son "políticas" (sino "comunes")⁴², se trata, y así lo proclama expresamente el propio legislador de la LO 7/2000, de valerse de los "instrumentos ordi-

narios" del Estado de Derecho, a lo sumo, de cerrar los "resquicios" de éste⁴³.

c) Entonces, para verificar si concurren elementos de "Derecho penal del enemigo" en la actual regulación española⁴⁴, habrá que determinar cuáles son las *características específicas* que, dentro de esa "normalidad", presentan las infracciones de terrorismo, y que justifican un tratamiento especial. Aquellas "especialidades" incriminatorias que el texto legal presente, pero que no puedan justificarse con base en esas características especiales reales, serán el "excedente" de punición que, al mostrar una incoherencia entre la "ideología de la normalidad" y la situación legislativa concreta, desvela la presencia de retazos de "Derecho penal del enemigo".

Parece claro cuáles son las dos "especiales características"—adicionales al uso de la violencia mediante armas, claro está— en este sentido⁴⁵: por un lado, como ya se ha señalado, el *significado político*⁴⁶ de los actos delictivos —al ser vivido como motivación especialmente ilegítima en un sistema político de libertades— puede llegar a justificar una pena incrementada sobre la prevista para los correspondientes delitos comunes⁴⁷. Por otro lado, la existencia de una *organización*⁴⁸ confiere especial peligrosidad a las conductas y puede —debe— ser tenida en cuenta por la tipificación penal.

3. Algunas figuras delictivas

a) *La colaboración con las finalidades de una organización terrorista (art. 576 CP)*

El primer elemento que debe reseñarse como relevante en lo que aquí interesa no ha sido introducido por el legislador en la reforma operada por la LO 7/2000, sino responde a una *praxis* jurisdiccional incipiente que hace uso de una expresión desafortunada del legislador en la redacción del delito de colaboración con banda armada, organización o grupo terrorista. Este delito constituye de por sí, como es sabido, una "especialidad" prevista para el

³⁷ Así, por ejemplo, Arroyo Zapatero, "Terrorismo y sistema penal", en: *Reforma política y Derecho*, 1985, págs. 162 y s.

³⁸ Desde luego, con mucha mayor intensidad que otras infracciones que sí están presentes en ese capítulo, como es el caso del delito de "ultrajes a España" del artículo 543 CP, respecto del cual pueden plantearse dudas fundadas en cuanto a su legitimidad, estando claro, desde luego, por lo demás, que su potencial "lesivo" para el sistema constitucional en todo caso ha de estimarse muy inferior al de las infracciones en materia de terrorismo.

³⁹ Vid., por ejemplo, la descripción del recurso a normas especiales en la legislación penal española anterior al Código de 1995 en García San Pedro, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, págs. 195 y ss.

⁴⁰ En los artículos 515 y ss. CP, esto lo valora, por ejemplo, Tamarit Sumalla (en: Quintero Olivares et al., *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 2ª edición, pag. 1488) como muestra de "normalización" frente a la legislación anterior al CP de 1995.

⁴¹ Cfr. sólo Cancio Melia, en: Rodríguez Mourullo (dir.), *Jorge Barreiro (coord.) et al., Comentarios al Código penal*, págs. 1286 y s.

⁴² Así, por ejemplo, Prats Canut, en: Quintero Olivares et al., *Comentarios a la Parte Especial del Código penal*, 2ª ed., pag. 1619.

⁴³ Exposición de Motivos, I.; cfr. también la argumentación de "normalidad" en III.

⁴⁴ Como dice Jakobs, en: *Estudios de Derecho judicial*, 20, pag. 137, así se mide la "capacidad de aguante" de la sociedad frente al fenómeno.

⁴⁵ Así, por ejemplo, Lamarca Pérez, en: Zuñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pag. 103.

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, García San Pedro, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, págs. 123 y ss.; Campo Moreno, *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial*, 1997, págs. 27 y ss., ambos con ulteriores referencias.

⁴⁷ Pero no, desde luego, alguna de las medidas típicas de Derecho penal del enemigo —a considerar a continuación— que no consisten en un mero incremento de pena sobre los hechos ya con *status* delictivo, sino la creación de nuevos ámbitos de incriminación especialísimos.

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, Lamarca Pérez, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, 1985, págs. 91 y s., 93 y ss.; García San Pedro, *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, págs. 127 y ss.; Campo Moreno, *Represión penal del terrorismo*, págs. 32 y ss. y ss.; cfr. también *infra* 3. b) en el texto, sobre el concepto de organización en las asociaciones ilícitas con carácter general, vid. también García-Pablos de Molina, "Asociaciones ilícitas y terroristas", en: Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios a la legislación penal*, t. II, 1983, págs. 109 y ss., 117; todos ellos con ulteriores referencias.

sabido, una “especialidad” prevista para el ámbito de las infracciones terroristas: se incrimina con penas muy graves lo que constituye materialmente un comportamiento de participación en el mantenimiento de la organización, y ello sin que sea necesario que haya existido ningún acto delictivo concreto que haya comenzado a ejecutarse⁴⁹. El objetivo del legislador “es la reducción máxima de toda forma de apoyo posible a una banda armada o terrorista”⁵⁰.

Esta extensión del ámbito de incriminación puede quizás⁵¹ quedar justificada, sobre todo, por el especial potencial de permanencia y de peligrosidad que supone la existencia de una *organización*: se trata de un colectivo “institucionalizado” que no depende tanto de las personas concretas como de las estructuras de la organización, y que puede recibir apoyos fraccionados en régimen de reparto de tareas en —tomadas aisladamente— pequeñas cuotas que, sumadas en el centro de coordinación que es la estructura organizada, alcanzan a mantener la actividad de la banda. La jurisprudencia de los últimos años había interpretado la conducta típica en esta línea⁵²: se trata de que el sujeto activo realice una aportación que, por pequeña que sea tomada en sí misma, “permita el mantenimiento de la banda armada”⁵³. El legislador se ha ocupado de especificar —a modo de catálogo abierto— en el artículo 576.2 CP de qué actos se puede tratar: vigilancia de posibles objetivos de los delitos de la organización, la cesión de elementos materiales, el traslado de miembros de la organización, etc. Todas éstas son conductas en las que —en la línea de interpretación de la jurisprudencia— un sujeto, sin ser miembro de la organización, entra en contacto con ella para prestarle apoyo material; el legislador del Código de 1995 cierra además ese catálogo abierto mediante una cláusula de acuerdo con la cual debe tratarse en los demás posibles supuestos de conductas “equivalentes” a los supuestos expresamente mencionados. Ese es, entonces, el sentido de la mención “colaboración con las actividades” de una organización terrorista: ayudar materialmente a la organización⁵⁴.

Ahora bien: lo que no cuadra con esta lógica de la figura es la introducción —igualmente, en el CP de 1995, ya que esta mención no estaba presente en el texto del antiguo artículo 174 bis a) CP TR 1973— de una *segunda* alternativa de conducta que consiste en colaborar, en su dicción literal, “con las finalidades” de la organización terrorista⁵⁵. Si el sujeto activo —no siendo miembro de la organización, como es presupuesto de este tipo— no colabora con la organización, sino sólo con las finalidades, en pri-

mer lugar, hay que preguntarse cómo es posible prestar esa ayuda a entes abstractos como unas “finalidades”. En segundo lugar, hay que preguntarse cómo es posible considerar tal colaboración “equivalente” —como exige el art. 576.2 CP— a actos concretos de apoyo material como la puesta a disposición de un vehículo o de información a la organización. Parece claro, en conclusión, que las conductas que puedan estar implicadas no quedan cubiertas por la características especiales de la “organización”, y se mueven, en realidad, en otro plano muy distinto al de la colaboración con la organización, entrando en el ámbito de conductas que se pueden denominar de “respaldo político”.

En el momento actual, sin embargo, empiezan a aparecer resoluciones jurisdiccionales en procedimientos en curso en las que parece hacerse uso de esta segunda alternativa de conducta tomándola en su literalidad: sujetos que, sin mantener contacto alguno —probado— con una organización terrorista, pertenecen, por ejemplo, a organizaciones que respaldan los objetivos de aquella, son acusados de esta figura de colaboración. Parece claro que tal extensión interpretativa de la infracción —a la que parece que no es ajena en absoluto el impulso político que condujo en el ámbito parlamentario a la aprobación de la LO 7/2000— es Derecho penal del enemigo.

b) El “terrorismo individual” (art. 577 CP)

Esta infracción, sin antecedente en el ordenamiento español hasta su introducción en el CP de 1995, desde un principio casa mal con lo que de acuerdo con la doctrina dominante constituye una de las bases fundamentales del carácter especial de las infracciones en materia de terrorismo: la organización⁵⁶. En este sentido, parece muy difícil de entender cómo una persona que no actúa en conexión con una organización terrorista, es decir, un sujeto aislado, va a poder “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”⁵⁷.

Si a ello —que ya es bastante— se añade el hecho de que la LO 7/2000 ha sumado a esas finalidades típicas la de “contribuir a esos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional” —para combatir el “terrorismo urbano”, término

⁴⁹ Vid., por ejemplo, Campo Moreno, *Represión penal del terrorismo*, págs. 49 y ss.

⁵⁰ STS 2.2.1993.

⁵¹ Cfr., sin embargo, las críticas que se han formulado a esta infracción recogidas por Campo Moreno, *Represión penal del terrorismo*, págs. 61 y ss., 72 y ss.

⁵² Cfr. las resoluciones analizadas por Campo Moreno, *Represión penal del terrorismo*, págs. 90 y ss.

⁵³ STS 2 2 1993.

⁵⁴ Cfr., por ejemplo, la jurisprudencia recogida en Fernández *et al.*, *Delitos contra el orden público, terrorismo, contra el Estado o la comunidad internacional*, 1998, págs. 336 y ss.

⁵⁵ Cfr. respecto de lo que sigue también Cancio Meliá, en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código penal*, págs. 1391 y s.

⁵⁶ Cfr. *supra* III. 2. c) y respecto de lo que sigue también Cancio Meliá, en: Rodríguez Mourullo (dir.)/Jorge Barreiro (coord.) *et al.*, *Comentarios al Código penal*, pág. 1393; en particular, no parece convincente el argumento favorable a esta infracción de “terrorismo individual” en el sentido de que la CE —arts. 13.3, 55.2— “aplica la noción [de terrorismo] a hechos y personas aisladas” (Carbonell Mateu/Vives Antón, en: *Comentarios al Código penal de 1995*, Valencia, 1995, págs. 2015 y s.); pues parece claro que, con independencia de que sea posible aplicar el término “terrorismo” a estos fenómenos —como el caso del *Una-Bomber* en los EE.UU.—, o que de la dicción literal de la CE —que no contiene normas de tipificación penal— lo permita, lo cierto es que un análisis sistemático revela que el terrorismo que provoca la reacción específica del Derecho penal es aquel que, por ser realizado en una organización, es especialmente peligroso.

⁵⁷ En esta línea, por ejemplo, Lamarca Pérez, en: Zuñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 103.

coloquial utilizado por la Exposición de Motivos de la Ley—, resulta difícil sustraerse a la impresión de que el legislador persigue no tanto aprehender en este tipo una forma de verdadero terrorismo como castigar una mera actitud subjetiva⁵⁹ o evitar determinados problemas de prueba en relación con la conexión de los autores con la organización⁶⁰: esto es Derecho penal del enemigo.

c) **El delito de adhesión a las infracciones de terrorismo o a sus autores (art. 578 primera alternativa CP)**

Tanto se ha escrito en España sobre la problemática de la apología del delito, tan cercana está la aprobación del Código penal de 1995⁶¹, que parecía difícil que hubiera que volver a reabrir esta cuestión en el momento actual⁶¹. En resumen, cabe decir que se había alcanzado cierto consenso —materializado, como es sabido, por el legislador en la redacción dada al artículo 18.1, párrafo 2º CP— respecto de que la mera expresión de ideas favorables al delito cometido o a su autor no podía constituir infracción criminal. Fracasados⁶² los intentos de explicar este tipo de figuras como instrumentos para evitar un “clima” en el que se cometan delitos⁶³, mezclando el legislador de la LO 7/2000 dos conductas —la de “enaltecimiento o justificación” que ahora se examina y la de determinados actos de vejación de las víctimas de las infracciones— que nada tienen que ver⁶⁴, parece claro que la vertiente “simbólica” consiste aquí en proclamar un mero *tabú* a la expresión de determinadas opiniones⁶⁵, como si de este modo desaparecieran de las

cabezas de quienes piensan de ese modo⁶⁶. No hay nada más que decir: Derecho penal del enemigo.

4. Conclusión

El Estado no debe perder los nervios frente a los delitos terroristas⁶⁷. Y cuando recurre al “Derecho penal” del enemigo —como lo hace en algunos puntos de la regulación de los delitos de terrorismo—, el ordenamiento jurídico entra en una situación de pánico. No debe hacerlo porque ello no es legítimo: tales delitos son “muestra de un déficit de libertades”⁶⁸. Y porque no sirve para nada: no elimina ni disminuye los delitos que pretende combatir. Y también porque introduce en el Código, bajo el amparo de la Ley, elementos que sólo pretenden ser Derecho penal, pero no lo son.

⁵⁹ En este sentido, la enmienda presentada por el grupo parlamentario de IU-IC (nº 864) pedía la supresión de la figura argumentando que “la figura del “terrorista individual” no debe ser objeto de esta regulación especial, sino los que pertenecen a una organización o asociación terrorista. No debe castigarse la ideología o la finalidad, sino la organización para la realización de delitos”.

⁶⁰ Aparte de que parece claro que en el caso de un sujeto activo que realice un delito de daños, quizás del artículo 263 CP, por ejemplo, y ello con las finalidades típicas, pero sin contacto con organización alguna, y es condenado —a una pena relativamente leve—, pero por un delito de terrorismo, con las implicaciones de competencia jurisdiccional etc que ello tiene, no resulta difícil aventurar la hipótesis de que ello impulsará de modo decisivo que el sujeto dé el paso a la integración en la organización terrorista y, por tanto, a la comisión de delitos más graves: ¿“eficacia”?

⁶¹ Cfr., por todos, del Rosal Blasco, en: Vives Antón/Manzanares Samaniego (dir.)/CGPJ (ed.), *Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte General)*, 1996, págs. 187 y ss., 195 y ss., con ulteriores referencias.

⁶² Lamarca Pérez, en: Zuñiga Rodríguez/Méndez Rodríguez/Diego Díaz-Santos, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, pág. 104, habla de una “vuelta atrás”

⁶³ En el plano empírico, la experiencia en otros países de nuestro entorno muestra que la aplicación de este tipo de infracciones no ha conducido a evitar delitos, sino ha contribuido a atraer nuevos militantes a las organizaciones en cuestión.

⁶⁴ Cfr., por ejemplo, en Derecho alemán, la figura del § 140, 2º alt. StGB —vid., por ejemplo, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Rudolphi, § 140 n.m. 2—, en la que, sin embargo, hay una cláusula de afectación al orden público que no aparece en el precepto del artículo 578 CP, además de que la norma alemana se limita al enaltecimiento del delito, no de la persona que lo ha cometido.

⁶⁵ Feijoo Sanchez, en prensa RJUAM, texto correspondiente a la nota 59.

⁶⁶ Diga lo que diga la Exposición de Motivos, que niega expresamente que esto sea así (III.): “no se trata, con toda evidencia, de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que estas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco cons-

titucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad”. Leyendo el texto del artículo 578 CP, ¿de qué se trata entonces?

⁶⁷ En este sentido, dice Jakobs, AT2, 2/25c, que estos delitos de “protección de un clima” son tanto más necesarios cuanto más débil sea la legitimación de la Ley penal, pues con mayor facilidad podrán éstas ser atacadas ¿Es esa la situación de las normas de nuestro ordenamiento?

⁶⁸ Díez Ripollés (con Alonso Suarez y García Aran), en: *El País* de 12.10.2000, pág. 15

⁶⁹ Jakobs, AT2, 2/25c.