

INTRODUCCIÓN

No decimos nada nuevo si afirmamos que las acciones terroristas siegan vidas y causan daños colectivamente, y esto, obviamente, es un problema social que debemos esforzarnos por resolver, disolver o transformar, pero a partir de aquí nos surge un nuevo dilema conexo, esta vez operativo: ¿cómo? La historia de la política antiterrorista nos demuestra que se han implementado medidas penales, militares, policiales, administrativas, económicas o políticas, pero generalmente este abanico de medidas antiterroristas ha sido seleccionado por los líderes políticos de forma visceral, con la esperanza de que, disparando a ráfaga, alguna bala impacte en el blanco y el problema quede eliminado, con lo que se sustituye la puntería por la potencia de fuego.

Claro, ante los resultados frustrantes, la lógica de tendencias más belicosas decide aumentar la dosis y ensayar medidas draconianas, como guerras preventivas, «asesinatos selectivos», torturas, secuestros o «desapariciones» (también llamados detenciones indefinidas o, según el término empleado por la CIA, rendiciones extraordinarias — *extraordinary renditions*—) o castigos colectivos. Normalmente, se llega a la situación paradójica de que, combatiendo el fuego con el fuego, el incendio se extiende, ya que, además del terrorismo subestatal, la población padece el terrorismo de Estado y, en lugar de reducir el terrorismo, estas políticas lo elevan al cuadrado¹. En este sentido, y a raíz de las secciones 21 y 23 de la *Anti-terrorism, Crime and Security Act* de 2001 británica, para permitir las detenciones indefinidas de extranjeros sospechosos de actividades terroristas, Lord Hoffman afirmó²:

La auténtica amenaza a la vida de la nación, en el sentido de un pueblo viviendo de acuerdo con sus leyes y valores políticos tradicionales, proviene no del terrorismo sino de leyes como

¹ P. Wilkinson, *Terrorism versus Democracy. The Liberal State Response*, 2.^a ed. Routledge, Londres, 2006, pp. 63, 91 y 92. F. Reinares, *Terrorismo y antiterrorismo*. Paidós, Barcelona, 1998, pp. 21-24. A. T. Turk, «La violencia política desde una perspectiva criminológica». En: *Sistema, Revista de Ciencias Sociales*, n.º 132 y 133, junio 1996, pp. 44 y 45.

² Sentencia de la Cámara de los Lores, de 16 de diciembre de 2004, *A (FC) and others (FC) (Appellants) v. Secretary of State for the Home Department (Respondent)*, [2004] UKHL 56, párr. 97.

éstas. Ése es el verdadero indicador de lo que el terrorismo puede alcanzar. Es del Parlamento la decisión de dar a los terroristas tal victoria.

La realidad de este comienzo de s. XXI es que los Estados que sufren el terrorismo se sienten tentados, y algunos se están deslizando rápidamente, hacia el Derecho penal de autor y, según el término acuñado en 1985 por JAKOBS, el «Derecho penal del enemigo»³, en el que el «enemigo» es todo individuo que de forma «presuntamente duradera» (se invierte la presunción de inocencia por la presunción de culpabilidad) se comporta al margen del Derecho (terrorismo, delincuencia organizada, tráfico de drogas, etc.). Esto justificaría, según dichas teorías, todo lo que fuera «necesario» contra este «subhumano», entre otras cosas, que se reaccione penalmente por los hechos ya cometidos y también por los que pueda hacer en el futuro⁴, pues, según JAKOBS, «contentarse sencillamente con esperar cuáles serán los hechos que producirá su organización [criminal], sería estúpido sin más», cuando, además, «un Estado de Derecho perfecto ofrecería a los terroristas una ventaja comparativa de ubicación de dimensiones tan enormes que prácticamente los invitaría a permanecer en su ámbito de vigencia, más exactamente: a desplegar sus actividades allí». En el «Derecho penal del enemigo» «se trata de la neutralización de aquellos que no ofrecen la mínima garantía cognitiva necesaria para que a efectos prácticos puedan ser tratados en el momento actual como personas [...] [tales] individuos son actualmente no-personas» y que se trate de una guerra de carácter limitado o total «depende de cuánto se tema al enemigo»⁵.

Las posiciones favorables, no sólo a descripciones (como se podría calificar al JAKOBS de 1985), sino a la propuesta (a partir de 1999) de este profesor de Bonn de codificar un «Derecho penal del enemigo» paralelo al «Derecho penal del ciudadano»,

³ En contraposición al Derecho penal de ciudadanos, el «Derecho penal del enemigo» se caracteriza por: a) adelantamiento de las barreras de punibilidad; b) penas desproporcionadamente altas atendiendo a dicho adelantamiento; c) paso de una legislación penal a la legislación de «la lucha para combatir» el terrorismo, la criminalidad organizada, etc.; d) supresión de garantías procesales; y, aunque no lo recoja Jakobs en sus propuestas, e) endurecimiento del régimen penitenciario de los internos.

⁴ En EE.UU. se está trabajando desde antes del 11-S con sistemas informáticos de minería de datos cuyo objetivo es detectar terroristas *antes* de que hayan intervenido en cualquier incidente terrorista o estar vinculados con personas u organizaciones terroristas (P. Carrasco Jiménez, *Análisis masivo de datos y contraterrorismo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 72-107).

⁵ G. Jakobs, «¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. II. Edisofet/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, pp. 104-109 y 115. G. Jakobs, «La auto-comprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente». En: A. Eser, W. Hassemer, B. Burkhardt y F. Muñoz Conde (coords.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 58-64.

se están abriendo camino por la vía de hechos consumados en materia contraterrorista⁶. Justo cuando ya parecía que las aberraciones jurídicas, como la medieval de la «brujería»⁷ junto con otras más modernas como las de los «extraños y enemigos de la comunidad» del régimen nazi⁸ y la de los «enemigos de los trabajadores», «enemigos de clase» y el *gulag* soviéticos⁹, habían sido felizmente echadas de casa por la ventana, entran por la puerta en forma de «Derecho penal del enemigo», «enemigos combatientes», «asesinatos selectivos», «rendiciones extraordinarias», «detenidos fantasma» y «guerras preventivas» en una «guerra contra el terrorismo» indefinida en el tiempo y en el espacio que, disfrazada con las sedas de la libertad, la justicia y la democracia, acaba en la «guerra sucia» de la doctrina de la seguridad nacional que postula que no hace falta un código penal, sino un «código de lucha contra el terrorismo», o incluso nada de código, sólo «lucha». Este tenebroso espectáculo de juridificación de la barbarie y la aniquilación se ve potenciado por el dato de que los artilleros de la batería contraterrorista no tienen claramente identificado al «enemigo», con lo que a la indignidad del trato proporcionado a los «enemigos» habremos de añadir los injustificables «daños colaterales» (otro eufemismo más en este desfile de términos tergiversados) que, en definitiva, somos todos.

Por ello, el objetivo de cualquier política antiterrorista que quiera ser calificada de democrática y propia de un Estado de Derecho (y no hay Derecho en aquellos sistemas de normas que no respetan la dignidad humana de todos los seres humanos), la única

⁶ V. gr. G. Jakobs, «¿Terroristas como personas en Derecho?». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., p. 91. L. Cornacchia, «La moderna *hostis iudicatio* entre norma y estado de excepción». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, vol. I. Edisofer/BdeF, Madrid/Montevideo, 2006, *pássim*. Otros que han intentado legitimar el «Derecho penal del enemigo» han sido autores como Lesch, Müssig o Pawlik, entre otros (citados en G. Portilla Contreras, «La legitimación doctrinal de la dicotomía schmittiana en el Derecho penal y procesal penal del “enemigo”». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., p. 678). Un ejemplo práctico de la aplicación de este Derecho penal del enemigo es la Sentencia del Tribunal Supremo de Israel, de 14 de diciembre de 2006, *The Public Committee v. The Government of Israel*, HCJ 769/02, párr. 31 *in fine*, 46 y 62, que «legaliza» los «asesinatos selectivos».

⁷ E. R. Zaffaroni, *La legitimación del control penal de los «extraños»*. En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., pp. 1.121 y 1.126.

⁸ F. Muñoz Conde, *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo*, 3.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 221. El Derecho penal del III *Reich* se basó en ciertas concepciones de penalistas como Berges, Bley, Dahm, Exner, Frank, Freisler, Gallas, von Gemmingen, Gerland, Gurtner, Höhn, Klee, Hellmuth, Mayer, Mezger, von Pestalozza, Peters, Schaffstein, Schmitt, Wolf o Zawar, entre otros (citados en V. Gómez Martín, «Sobre la distinción entre Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo en la concepción de Günther Jakobs». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. I...*, ob. cit., pp. 1031-1033). Parece que ahora tampoco faltan juristas que revistan de legitimidad y legalidad a los excesos gubernamentales.

⁹ L. Luisi, «Un Derecho penal del enemigo: El Derecho penal soviético». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., pp. 237-255.

a la que debemos dedicar nuestros esfuerzos intelectuales, ha de ser reducir al máximo los atentados terroristas con la mínima limitación de los derechos fundamentales de la población y de los propios terroristas¹⁰. El Estado de Derecho, como nos dice magistralmente TERRADILLOS, tiene que hacer frente a sus enemigos, pero no lo puede hacer negándose a sí mismo¹¹. La decisión óptima para alcanzar este objetivo material-valorativo sólo podrá nacer de una orientación racional, lo que tampoco significa que se desprecie el conocimiento intuitivo e implícito de los diferentes profesionales que, de una u otra forma, se han enfrentado al problema del terrorismo; al contrario, tales conocimientos son necesarios, pero no suficientes.

Hasta ahora lo único que hemos hecho ha sido bosquejar (aún habría que concretar y especificar más —cuánto, cuándo o dónde—) los objetivos que deberá cumplir una política antiterrorista para que pueda ser calificada de eficaz y justa, pero todavía nos debemos preguntar cómo alcanzar tales objetivos. La criminología necesita incorporar nuevos métodos de investigación y predicción para mejorar las políticas criminales que se están haciendo hasta ahora, en particular en materia antiterrorista¹². ASHBY demostró que para el control efectivo en un entorno cambiante, se hace imprescindible un controlador con una variedad de respuesta que pueda encajar la variedad de la información ambiental (ley de la variedad requerida)¹³. El sistema antiterrorista, a pesar de la enorme variedad con la que tiene que lidiar, está construido sobre conceptos anacrónicos, rígidos e ineficaces, con lo que se deben reconstruir tales conceptos para que dicho sistema sea capaz de absorber la variedad del terrorismo. Esta tarea, dadas las trascendentales consecuencias directas que tiene para todos los miembros de una sociedad, debería hacerse justificada, racional y científicamente, lo cual nos obliga a construir un modelo del sistema real sobre el que pretendemos incidir, para evaluar distintos escenarios y distintas políticas y así poder tomar la decisión óptima. La utilización de modelos permite simular y predecir los efectos probables de escoger una/s u otra/s medida/s, evaluar si se corresponden con los objetivos marcados y, en caso afirmativo, proceder seguidamente a implementar las medidas que se prevean como óptimas, evaluar los resultados reales y, si no son satisfactorios, revisar el modelo o su ejecución.

El cómo no nos abandona aún, porque ¿cómo se construye un modelo? El proceso de modelización general consta de una serie de etapas, la primera de las cuales es des-

¹⁰ P. Wilkinson, *Terrorism versus Democracy...*, ob. cit., pp. 63, 82, 189, 198 y 210. L. Gracia Martín, «Sobre la negación...», ob. cit., p. 1.078.

¹¹ J. M.^a Terradillos Basoco, «Una convivencia cómplice. En torno a la construcción teórica del denominado “Derecho penal del enemigo”». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., p. 1.028.

¹² D. Milovanovic, «Visions of the emerging orderly (dis)order». En: D. Milovanovic (ed.), *Chaos, Criminology and social justice: The new orderly (dis)order*. Praeger, Westport (Connecticut), 1997, p. 202.

¹³ P. Checkland, *Systems thinking, systems practice*. J. Wiley, Nueva York, 1981, p. 88. Esta ley fue expuesta por W. R. Ashby en *An introduction to cybernetics*. Chapman and Hall, Londres, 1956.

cribir la realidad y plantear el problema, lo cual hemos hecho rudimentariamente aquí, para, en una segunda fase, proceder a un análisis sistémico de la realidad a estudiar. Este análisis sistémico, como veremos ampliamente en la Parte Primera, exige establecer con claridad la frontera del sistema, esto es, diferenciar el sistema que queremos modelizar de su sistema exterior, ya que sólo así podremos identificar las variables de entrada y salida que necesariamente han de entrar a, o salir de, algún lugar. En términos de DURKHEIM, el científico no debe utilizar conceptos que no están previamente definidos por la ciencia, siendo su primera tarea definir las cosas o fenómenos que va a tratar para poder saber, él y los demás, cuál es el problema¹⁴.

Así pues, la condición *sine qua non* de cualquier estudio científico del terrorismo es definirlo, diferenciarlo de su sistema exterior y de otros fenómenos asimilados sin desconocer sus interrelaciones, en tanto que es el único medio de saber que, cuando seleccionemos una porción de la realidad como muestra para estudiar sus partes y las relaciones entre éstas, realmente estamos analizando el sistema que queremos modelizar y no otra cosa. Los modelos matemáticos de análisis y solución de conflictos que se han propuesto demuestran que la validez de dichos modelos es altamente dependiente del grado de elaboración teórica¹⁵, de forma que si no definimos apropiadamente la realidad a estudiar, el modelo nunca podrá ser construido o bien se verá distorsionado por la introducción de elementos extraños a la realidad que se pretende estudiar y, de igual forma, estarán distorsionadas las conclusiones que se extraigan del mismo, con lo que las decisiones que tomemos utilizando dicho modelo tendrán tanto fundamento como si las hubiéramos escogido al azar.

La definición del terrorismo también es imprescindible como herramienta conceptual para articular cualquier medida contraterrorista, ya que para su implementación deberá contar con suficiente cobertura legal, como es propio de cualquier Estado de Derecho, en el que el imperio de la ley exige que sea ésta, y no la voluble voluntad de una o varias personas, la que establezca previa, clara y precisamente el supuesto de hecho del que surgirán unas u otras consecuencias jurídicas (penales, procesales, militares, económicas o administrativas), para lo cual, si queremos aplicar una buena técnica legislativa, se ha de disponer anticipadamente de la definición del fenómeno que delimitará el ámbito material de aplicación de dicha normativa. Si algo positivo debe sacar la Dogmática jurídico-penal de propuestas como la de JAKOBS del «Derecho penal del enemigo», es que de hecho, y sobre todo en materia contraterrorista, se están promulgando en Estados que dicen ser democráticos normas penales que exceden los límites legítimos de la intervención penal, y la Dogmática jurídico-penal no debe ser «neutra» al respecto, sino que debe tener las herramientas conceptuales para identificar las reglas

¹⁴ E. Durkheim, *Las reglas del método sociológico*. Folio, Barcelona, 2002, cap. II, apdo. II, pp. 63 y 65.

¹⁵ Z. Pawlak, «Some remarks on conflict analysis». En: *European Journal of Operational Research*, vol. 166, n.º 3, 2005, p. 649.

que pertenecen a lo que puede denominarse «Derecho penal del enemigo» y abogar directa y claramente por su desaparición¹⁶.

La decisión óptima en materia antiterrorista en una sociedad democrática, como hemos dicho, debe cumplir un doble objetivo: por un lado, ha de reducir la actividad terrorista, pero, por otro lado, ello no se puede conseguir a cualquier precio, sino que ha de hacerse con los menores recortes de derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Una de estas garantías irrenunciables, como veremos más profundamente en la Parte Segunda, es el principio de legalidad, que no sólo es necesario para que los ciudadanos puedan prever las consecuencias jurídicas de sus actos, sino también para someter la actividad estatal contraterrorista a lo establecido en la ley y que el contraterrorismo no se convierta en terrorismo de Estado.

Bien, pero ¿no existe actualmente ninguna definición jurídica o doctrinal apropiada? Si hacemos una profunda revisión del estado de la cuestión, como desarrollaremos en la Parte Segunda, apreciaremos que los intentos definitorios contienen trascendentes lagunas y ambigüedades, pues generalmente las definiciones mezclan elementos imprescindibles para identificar el terrorismo, con otros accesorios que bien se dan en otros fenómenos no terroristas (inespecíficos), o bien esos elementos unas veces aparecen y otras no (incierto), incluso en organizaciones fácilmente etiquetables como terroristas. Una definición general de terrorismo, lógicamente, debe aplicarse y extenderse a todas sus categorías, y, por ello, debe contener sólo los caracteres comunes a toda clase de terrorismo, descartándose los demás. Asimismo, la calidad de algunas pseudo-definiciones de terrorismo es más que cuestionable, desde el momento en que pretenden incluir una condena o censura del terrorismo dentro de un enunciado definitorio que debe ser lo más descriptivo y neutral posible, evitando valoraciones que no corresponden al momento definitorio.

Por tanto, se hace necesario trabajar en una definición mejorada del terrorismo que, evidentemente, no se construye sobre la nada, sino tomando lo que evaluamos como aciertos de algunas definiciones doctrinales y jurídicas, e intentando no caer en las mismas deficiencias que hemos advertido en esas y en otras definiciones, y a este fin dedicaremos toda la Parte Tercera.

En esta tarea reconstructiva aspiramos a que su producto final, la definición del terrorismo, sea claro, preciso y sencillo, sin términos superfluos ni ambiguos. Además, pretendemos que la definición de terrorismo tenga validez general o global, esto es, que sea aplicable a cualquier tipo de terrorismo, con independencia de las cualidades de sus

¹⁶ M. Cancio Meliá, «De nuevo: ¿“Derecho penal” del enemigo?...», ob. cit., pp. 361, y 374-378. C. Gómez-Jara Díez, «Normatividad del ciudadano *versus* facticidad del enemigo: Sobre la necesaria autoorientación de la normativización jurídico-penal». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. I...*, ob. cit., pp. 999 y 1.000. D. R. Pastor, «El Derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional». En: M. Cancio Meliá y C. Gómez-Jara Díez (coords.), *Derecho penal del enemigo. II...*, ob. cit., p. 513.

autores, ideología, motivación, tácticas o territorio de sus operaciones, y válida para cualquier campo de actuación y disciplina científica, es decir, aceptable en el ámbito legal y jurídico (nacional e internacional), sociológico, psicológico, histórico, militar, político, informativo, etc. Obviamente, también trataremos de justificar los términos definitorios utilizados y por qué no se emplean otros, y procuraremos demostrar cómo los términos usados en nuestra definición nos permiten diferenciar con suficiente nitidez el terrorismo de otros fenómenos afines con los que habitualmente se confunde, pero sin pretender escindir radicalmente el terrorismo de las realidades, criminales o no, con las que frecuentemente se presenta unido.