

Bibliografía



Notas bibliográficas sobre terrorismo y seguridad colectiva

Por Francisco Muñoz Conde

Una de las características más relevantes del Derecho penal de la primera década del siglo XXI ha sido el retorno a una concepción del mismo autoritaria y antiliberal, que parecía ya superada por la paulatina desaparición de las dictaduras de uno u otro signo ideológico que dominaron el panorama político internacional durante cincuenta años tras la Segunda Guerra Mundial, y por una mayor sensibilidad por los derechos humanos, que entre tanto se habían reconocido tanto a nivel nacional en la mayoría de los países cuyos Ordenamientos jurídicos se han configurado como democracias regidas por el Estado de Derecho, como internacional en las Declaraciones universales y regionales de reconocimiento de los derechos humanos. Son muchas las causas de este retroceso que ha llevado directamente a un Derecho penal autoritario, poco amigo de consideraciones humanitarias, sólo interesado en un incremento de la gravedad (y con ello, se supone, de la eficacia preventiva) de su arsenal punitivo. La crisis del modelo económico capitalista que se ha puesto de manifiesto tras las convulsiones habidas en el mercado financiero y bursátil estadounidense en los años 2008/2009 con repercusiones negativas en todo el mundo, no sólo ha generado una política económica regresiva que ha repercutido en el mercado laboral creando grandes bolsas de desempleo y un recorte impresionante en el gasto social, sino también en una política penal autoritaria, en la que se refuerza el aparato represivo estatal con la creación de innumerables tipos delictivos de nuevo cuño y un incremento de la gravedad de las sanciones aplicables, en las que predomina la idea de prevención general intimidatoria sobre cualquier otra finalidad de resocializadora o mínimamente humanitaria. Una vez más se demuestra que una mala política económica y social genera una aún peor política criminal y penal.

Pero la causa más palpable de esta involución de la política criminal y penal que se está produciendo en los últimos años a nivel mundial se debe sobre todo a una legislación penal antiterrorista, que inicialmente se originó en países cuyas circunstancias históricas, políticas o sociales habían hecho surgir a mediados de los años 70 del pasado siglo movimientos terroristas o de lucha armada frente al poder constituido Italia: Brigadas Rojas, Alema-

nia: Rote Armée Fraktion; Inglaterra: IRA; España: ETA); pero que tras atentados como el de las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001 y otros también de gran gravedad, como el de la Estación de Atocha en Madrid en marzo del 2004, o en el Metro de Londres en julio del 2005, perpetrados por el terrorismo islamista, se ha convertido en un fenómeno legislativo universal de reacción frente al terrorismo con medidas excepcionales, de prevención y sanción, policiales, judiciales y penitenciarias, que están más allá de lo que permiten los principios clásicos fundamentales del Derecho penal del Estado de Derecho, como el de legalidad, proporcionalidad, ofensividad, culpabilidad y las garantías del imputado en el proceso penal. Una involución que comenzó en los Estados Unidos de América tras el atentado del 11 de septiembre 2001 con la promulgación del Acta Patriótica y con la guerra de Afganistán y la ilegal invasión de Irak con las secuelas subsiguientes de violaciones de derechos humanos en las prisiones de Abu Chraig y Guantánamo, y que se ha extendido como una pandemia jurídica a todos los países del mundo.

El fenómeno del terrorismo, nacional e internacional, ha suscitado también la aparición en los últimos años en el panorama bibliográfico de un gran número de trabajos, artículos y monografías especialmente dedicados al estudio de este fenómeno. Seguidamente se comentan algunos de estos trabajos que, desde distintas perspectivas, se ocupan de este tema, desgraciadamente cada vez más frecuente y universal.

1. Manuel CANCIO MELIÁ, *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Madrid 2010, 326 pags.

Una de las lagunas más sensibles de la dogmática penal española ha sido durante muchos años (y en parte sigue siéndolo) la escasa elaboración que ha hecho de la Jurisprudencia emanada de los Tribunales españoles y especialmente de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo en relación con el terrorismo etarra. Temas tan importantes como la propia naturaleza dogmática y el fundamento de la punibilidad por la pertenencia a esta

Revista Penal

Notas bibliográficas

organización terrorista, o el problema de la responsabilidad de los dirigentes de la organización por los delitos cometidos por algunos miembros de la misma, sin participar directamente en su ejecución, son despachados, sobre todo en este segundo ámbito, por la Jurisprudencia con una pobre y anticuada fundamentación dogmática, recurriendo a viejas fórmulas legales, como la figura de la cooperación necesaria o la inducción, sin tener para nada en cuenta la amplia bibliografía, que ha surgido en lengua española en los últimos años en materia de autoría y participación.

Pero tampoco la dogmática penal española ha tenido mucho en cuenta no ya sólo la Jurisprudencia emanada de estos tribunales en materia de terrorismo, sino la enorme casuística que los atentados terroristas han generado durante todos estos años. Siguiendo en esto, como en tantas otras materias, fielmente las construcciones de la dogmática penal alemana, la dogmática penal española se ha dedicado sobre todo a discutir las construcciones alemanas sobre la autoría, coautoría, autoría mediata, participación necesaria, inducción y complicidad, intentando interpretar los preceptos del Código penal español sobre la materia de acuerdo con estas construcciones. En la mayoría de las, por las demás excelentes, monografías y trabajos dedicados a la materia apenas hay mención, exposición o crítica de la Jurisprudencia en materia de terrorismo, tan abundante en estos últimos treinta años.

Un ejemplo paradigmático de este divorcio entre la teoría y la práctica en relación con las estructuras de responsabilidad que genera el terrorismo es la enorme bibliografía que ha suscitado entre los teóricos penalistas, principalmente del mundo académico, la tesis de Roxin sobre autoría mediata por utilización de un aparato de poder, y la escasa por no decir nula atención que ha prestado a esa teoría la Jurisprudencia española, a pesar de que dicha teoría puede servir perfectamente de fundamento a la atribución de responsabilidad penal en calidad de autores mediatos a los dirigentes de la banda terrorista que no están presentes en la ejecución de un atentado, pero que han contribuido a su realización, planeando y controlando, aunque sea desde otro lugar, el cómo y el momento de la realización, que llevan a cabo otros miembros de la banda subordinados jerárquicamente a los citados dirigentes.

Se puede discutir hasta que punto en esta o en otras organizaciones terroristas se dan los requisitos que exige Roxin para aplicar su tesis, originariamente pensada para la atribución de la cualidad de autor mediato de los Crímenes contra la Humanidad cometidos en los campos de concentración nazis a los llamados «delincuentes de escritorio»; sobre todo en lo que se refiere a la relación jerárquica entre los miembros del aparato de poder y a la sustituibilidad o intercambiabilidad de los meros ejecutores. Pero del mismo modo que ha sucedido ya en la Jurisprudencia de los Tribunales internacionales y en algunos nacionales (principalmente en Latinoamérica), que han aplicado la tesis de Roxin calificando de autores mediatos a los dirigentes políticos y militares de regímenes dictatoriales en los que miembros de las instituciones policiales,

militares y paramilitares cometieron graves crímenes y violaciones de derechos humanos, podría haberse planteado esta hipótesis también en muchos casos de dirigentes etarras que planificaron, coordinaron, dirigieron y ordenaron atentados terroristas que luego se cometieron a muchos kilómetros de distancia de donde ellos se encontraban en ese momento. El recurso que a veces hace la Jurisprudencia a las figuras de la cooperación necesaria o la inducción, que tienen desde luego reconocimiento legal, no deja de ser insuficiente, sobre todo cuando ya nuestro Código penal reconoce expresamente desde 1995 la figura de la autoría mediata, y son ya muchos los autores y tribunales de otros países (incluyendo Alemania) que consideran aplicable esta figura, aun cuando los ejecutores directores sean también plenamente responsables de los delitos que cometen.

Pero este divorcio entre la elaboración teórica dogmática y la jurisprudencial que se observa en relación con la imputación de la autoría a los dirigentes de una organización criminal por los atentados que cometen otros miembros de la organización, es todavía más patente en relación con la materia que trata Manuel Cancio Meliá en esta monografía, en la que se ocupa de la estructura típica y la configuración del tipo de injusto de los delitos de terrorismo. En esta materia, a diferencia de lo que sucede en relación con la autoría y la autoría mediata, la elaboración teórica no ha sido tan amplia, y salvo algunas excepciones importantes, entre las que se cuentan los trabajos Carmen Lamarca y de Juan Terradillos, ha quedado limitada a las referencias y exposiciones más o menos desarrolladas que se encuentran en los Manuales y Comentarios al Código penal, que se ocupan de la regulación legal de esta materia.

La presente obra de Manuel Cancio viene a colmar esta laguna, y lo hace, a mi juicio, de un modo excelente, derrochando un gran conocimiento no sólo de las particularidades dogmáticas de estos delitos, sino también de la abundante jurisprudencia que existe en España en esta materia.

Para empezar, ofrece Cancio unas Bases para el estudio de este tema, exponiendo la situación político-criminal en la que se plantea. La gravedad y persistencia del fenómeno terrorista en nuestro país ha provocado una legislación excepcional que, sin duda, entra dentro de lo que, su maestro Günter Jakobs denomina «Derecho penal del enemigo», es decir, una legislación que, además de imponer penas muy duras más allá de la idea de proporcionalidad, criminaliza estadios previos a la lesión de algún bien jurídico concreto, como sucede con el delito de asociación ilícita, referida en este caso a las organizaciones terroristas. Por eso, la primera preocupación de Cancio es comprobar hasta que punto esta legislación excepcional es compatible con el Derecho penal del Estado de Derecho, y una vez identificados los elementos que no lo son, proceder a su crítica y rechazo. En el Derecho penal material esta labor requiere, en su opinión, ocuparse sobre todo de la estructura típica y del fundamento del contenido material de su injusto. Cancio considera que

B i b l i o g r a f í a



el elemento estructural principal es el concepto de organización, en la medida en que esto es lo que da sentido y autonomía a los tipos delictivos que bajo el nombre de terrorismo se contienen en el Código penal. Tras analizar las diversas teorías que se han dado para justificar la anticipación de la intervención del Derecho penal criminalizando la organización, Cancio considera que es la organización en sí misma, la vinculación entre sus miembros, la jerarquía y distribución de roles entre ellos, lo que justifica esa anticipación de la criminalización. Así, por ejemplo, considera insuficiente la tesis que apoya esta criminalización en la declaración de ilegalidad que hace la Constitución de las asociaciones con finalidad delictiva, considerando que esto no es suficiente para justificar su criminalización sin más. Efectivamente, la mera constatación de un fundamento constitucional a la criminalización de una determinada conducta no dice todavía nada sobre cómo y en que forma y extensión debe ser luego criminalizada por el Derecho penal; del mismo modo que el reconocimiento constitucional de un determinado bien jurídico, sea éste la vida o la libertad, no dice nada sobre cómo y en que manera debe ser protegido a través de la creación de los correspondientes tipos penales. También rechaza que se trate de una anticipación de la protección de bienes jurídicos particulares y que sean, estos, en definitiva, los que se protejan, aunque sea indirectamente, cuando se criminaliza la pertenencia a una organización que, en última instancia, tiene por objeto el ataque a bienes jurídicos singulares (principalmente, vida, libertad y propiedad). En su opinión, esta tesis obliga a considerar la organización terrorista como una especie de delito de peligro abstracto, que queda vacío de contenido por su propia desconexión con los ataques a los bienes jurídicos que puedan producirse posteriormente. Finalmente, rechaza también la tesis que atribuye a la organización criminal un bien jurídico propio de carácter colectivo, bien sea la paz pública, la seguridad colectiva o el propio orden constitucional.

Ciertamente, no le falta razón a Cancio en su crítica a las distintas posiciones teóricas que se han dado para fundamentar la punibilidad de la pertenencia a una organización como un delito autónomo. Pero me parece que tampoco puede desconocerse que en cada una de ellas hay razones que avalan la tipificación autónoma. La tesis constitucionalista parte de la propia prohibición constitucional de la asociación para delinquir, porque, desde luego, la misma un abuso o en un mal uso del derecho fundamental de asociación. Tampoco se puede desconocer la relación existente entre la organización y los delitos contra bienes jurídicos individuales que pueden cometer sus miembros, sobre todo si se tiene en cuenta que a través del ejercicio de la violencia, que es consustancial en las organizaciones terroristas, son precisamente estos bienes (vida, integridad física, libertad y propiedad) los que directamente quedan expuestos a ser atacados antes o después por la organización. Y no cabe duda, finalmente, que la repercusión social este tipo de hechos repercuten en la paz pública, en la seguridad colectiva y, en la medida que su fin sea subvertir

el orden constitucional por medios violentos, en el propio orden constitucional.

Sin embargo, la tesis de Cancio al insistir en la caracterización del injusto de estos delitos como delitos de organización, sin rechazar estrictamente las otras posturas, tiene la ventaja innegable de limitar su ámbito a las organizaciones que realmente pueda ser calificadas como tales, y no a cualquier asociación cuyo objeto sea la comisión de delitos. En consecuencia, exige que la organización tenga un potencial de amenaza que realmente pueda entenderse en términos de desafío del Estado y un determinado grado de fortaleza, coordinación y jerarquía en su estructura organizativa, lo que permite reducir la criminalización de la pertenencia a la organización a las conductas activas, excluyendo las formas de integración pasiva y las modalidades de conductas periféricas de mera colaboración externa o propaganda o simpatía ideológica.

Pero como el mismo Cancio reconoce, la amplitud con que el Código penal español regula estos tipos delictivos, hace difícil delimitar el concepto de terrorismo, que como un fantasma recorre la legislación tanto nacional, como internacional, sin que se haya llegado a una definición que goce de un reconocimiento universal. A este tema dedica Cancio una buena parte de su monografía. Para Cancio, insistiendo en su consideración del fenómeno terrorista como una forma de organización, lo importante es este elemento estructural que es lo que, en su opinión, justifica la autonomía de estos tipos delictivos. Pero a la vista de la regulación legal nacional e internacional hace algunas precisiones conceptuales que le llevan a analizar los otros elementos que caracterizan los delitos de terrorismo. En primer lugar, la intimidación masiva y el carácter armado de la organización. Es este componente lo que realmente produce «terror» en la sociedad, entre otras cosas porque el empleo de la violencia bien con la realización reiterada de atentados que sólo afectan a personas individualizadas (asesinatos de policía, personajes públicos), bien por el medio de destrucción utilizado (bombas, elementos incendiarios y explosivos capaces de producir estragos y afectar a un número indeterminado de personas), supone una violencia incontrolada y rompe el monopolio que de la misma tiene en las sociedades modernas, salvo casos aislados de legítima defensa, el Estado o sus representantes, cuando la ejercen a través de los medios legalmente reconocidos. Pero en el concepto que ofrece Cancio, el ejercicio de este tipo de violencia debe atribuirse a la organización con las características anteriormente descritas, un agente colectivo en el que sus miembros están vinculados entre sí a través de un régimen de pertenencia, de forma permanente, en una estructurada jerárquica y con una actuación coordinada. Para Cancio las expresiones «grupo y banda armada», utilizadas en el Código penal en este contexto, deben reconducirse a este concepto de organización. Algo que se puede compartir plenamente, pero que con la introducción en la reforma del 2010 de unos delitos autónomos de «organizaciones y grupos criminales», como entes muy similares, aunque con algunos elementos distintivos, y el mantenimiento del llamado «terrorismo

Revista Penal

Notas bibliográficas

individual», puede ser discutible desde el punto de vista de la actual regulación del Código penal. Como también puede ser discutido el concepto de pertenencia, en lo que se refiere a los delitos de colaboración, a la mera participación pasiva en la organización y a la financiación de la misma, tipos delictivos que ensombrecen el concepto restrictivo que da Cancio.

Pero para Cancio el otro elemento conceptual del terrorismo es lo que denomina su «proyección estratégica» que no es otra que la finalidad política de la organización, en lo que ciertamente coincide el Código penal español cuando habla de «subvertir el orden constitucional». Para mantener esta tesis hace una interpretación en clave política del otro elemento al que también se refiere la regulación del Código penal español: «alterar gravemente la paz pública». Ciertamente esta interpretación es obligada, porque de mantener una interpretación de este elemento como simple alteración del orden público, se difuminaría el concepto de terrorismo y permitiría introducir en el mismo otras conductas de colectivos que emplean violencia como forma de reivindicación social, como sucede con el delito de sedición o con el desorden público (y a este respecto es interesante la crítica que hace a la sentencia del TS que consideró como organización terrorista un grupo pro etarra de la llamada Kale Borroka). Pero hay que advertir que la finalidad política, y aun más la de subvertir el orden constitucional, permite incluir también en el concepto de terrorismo el delito de rebelión, algo que parece se olvida ya, pero que hasta hace muy poco tiempo fue una amenaza para el orden constitucional emanado de la Constitución de 1979, y dio lugar en la Transición a algunas leyes de excepción en las que se equiparaban ambos fenómenos. De todas formas, tiene razón Cancio cuando dice que sin esta proyección estratégica el concepto de terrorismo como delito autónomo carece de sentido. Y esta finalidad política es lo que le permite calificar también como terrorismo el «terrorismo de Estado», que, en definitiva, es también una forma de ejercicio de la violencia al margen de los cauces legalmente previstos, y, por tanto, una subversión del orden constitucional. Y también atentados como los producidos en Madrid o en Nueva York por grupos islamistas son igualmente atentados de carácter político, aunque en este caso la proyección estratégica sea la de alterar una determinada política internacional del Gobierno.

La última parte de su monografía la dedica Cancio al análisis de los tipos legales de terrorismo en el Código penal español, algunos de los cuales han sido modificados en la reforma del 2010; lo que no quita un ápice del valor de esta monografía para interpretar de un modo racional la enorme complejidad de unos tipos delictivos, que, sin en esta clase de interpretación restrictiva y constitucionalmente fundada, entran casi por definición, o por vocación, en la categoría de un «Derecho penal del enemigo» incompatible con los principios del Estado de Derecho. La monografía de Cancio es, en definitiva, un excelente ejemplo de cómo una buena elaboración dogmática inspirada o guiada por principios democráticos y constitucionales puede con-

seguir que una regulación legal deficiente y problemática se reconcilie con los postulados del Estado de Derecho.

2. Mark A: ZÖLLER, *Terrorismusstrafrecht, ein Handbuch (Manual de Derecho penal del terrorismo)*, 2009, 758 pags.

Lo primero que hay que decir es que esta extensa obra no es, como permite pensar su subtítulo, ningún Manual (Handbuch), ni siquiera un Tratado (Lehrbuch), sino una verdadera Enciclopedia sobre los diversos aspectos jurídicos y no jurídicos que plantea el terrorismo. E inmediatamente hay que decir también que a pesar de este carácter enciclopédico no es una mera obra descriptiva y bien informada, sino un profundo estudio del fenómeno del terrorismo, que constituyó el Escrito de Habilitación que su autor presentó en la Universidad de Mannheim, que, según la tradición aún vigente en Alemania, posibilita, tras el correspondiente llamamiento (Ruf) de otra Universidad, el acceso a la cátedra. Actualmente Zöllner es catedrático de Derecho penal en la Universidad de Trier.

Y la otra peculiaridad es que, a diferencia de lo que suele ser habitual en los escritos de habilitación de los jóvenes penalistas alemanes, que suelen tratar temas de Parte General relacionados con la Dogmática jurídico penal y con su principal ámbito la Teoría General del Delito, éste se ocupa de uno más concreto que podría encuadrarse en la Parte especial del Derecho penal, sobre la que ya Zöllner tiene escrita, a pesar de su juventud, una obra en dos volúmenes. Pero, como no podía ser menos en un escrito de habilitación alemán que da la venia docendi para varias materias, además de Derecho penal, en esta obra se tratan los problemas del terrorismo con una perspectiva más amplia y con una vocación omnicomprendensiva de todas las cuestiones que plantea el tratamiento jurídico de este fenómeno, tanto en la Parte General del Derecho penal, en la teoría de la pena, en la Parte Especial y en los nuevos sectores de la misma (como el empleo de Internet en la realización de los delitos terroristas), como en el Derecho procesal penal y en el Derecho penal internacional.

La obra comienza con una referencia histórica, en la que dedica especial atención, como es lógico, a los atentados terroristas llevados a cabo en la República Federal Alemana en los años 70 y 80 del pasado siglo por el grupo de la llamada Fracción Armada Roja. Los mismos se produjeron en una situación política completamente diferente a la actual: La Guerra Fría entre los dos bloques enfrentados que principalmente se reflejaba en la división de Alemania en dos naciones regidas por sistemas políticos diferentes y totalmente opuestos, y que determinó la aparición de este grupo que trajo en jaque a las autoridades de la República Federal y provocó una serie de actuaciones de las mismas bastante discutibles, así como una legislación excepcional que todavía está vigente, a pesar de que tras la Reunificación el grupo terrorista que provocó esta situación ya ha desaparecido e incluso muchos de sus in-