

CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO Y ELEMENTOS SUBJETIVOS DE
FINALIDAD. FINES POLÍTICOS ÚLTIMOS Y FINES DE TERROR INSTRUMENTAL

Adela Asua Batarrita

Catedrática de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco

Publicado en: Echano Basaldua, J. (coord.), Estudios Jurídicos en
memoria de José María Lidón, Universidad de Deusto, Bilbao, 2002,
págs. 41 - 85

<http://www.cienciaspenales.net>

CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO Y ELEMENTOS SUBJETIVOS DE FINALIDAD. FINES POLÍTICOS ÚLTIMOS Y FINES DE TERROR INSTRUMENTAL.*

Adela Asua Batarrita
Catedrática Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.

PUBLICADO EN : ECHANO BASALDUA, J. (COORD.), *Estudios jurídicos en Memoria de José María Lidón*, Universidad de Deusto, Bilbao 2002, pags. 41-85.

GUIÓN: I. TERRORISMO Y DELITO POLÍTICO: NECESARIA DISTINCIÓN EN UN MARCO DEMOCRÁTICO.-II. LA DEFINICIÓN JURÍDICA DEL TERRORISMO: SUS FUNCIONES A NIVEL DE DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS. III. RASGOS DE LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL. 1). Propuestas de definición en las primeras décadas del siglo XX: Conferencias internacionales y Convención de Ginebra de 1936. 2). Tratados internacionales a partir de los años 70: el imposible acuerdo sobre un concepto de terrorismo.3). El Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977. 4) La nueva orientación de los Convenios para la represión del terrorismo en los años 90.- **IV. UNIÓN EUROPEA. LA DEFINICIÓN DE TERRORISMO EN LA DECISIÓN MARCO DE 13 DE JUNIO DE 2002. V. CONCEPTO DE TERRORISMO EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: EL ELEMENTO FINALÍSTICO.** 1).Marco normativo. 2). Significado de los elementos subjetivos de finalidad. Consideraciones dogmáticas. 3). La finalidad de alteración grave de la paz pública. 4. Subvertir el orden constitucional: pretensión de alterar los mecanismos democráticos.

En emocionado recuerdo de Jose Mari Lidón.

La participación en un libro dedicado a la memoria de un amigo que ya no se encuentra entre nosotros conlleva siempre una dosis especial de emoción contenida. La emoción se acompaña de extrema indignación cuando la ausencia se debe a la criminal voluntad de unos asesinos que le arrebataron la vida porque para ellos la vida ajena es sólo una ficha para engrosar su siniestro “currículum” de terror como carta de presentación política. La indignación se acentúa cuando en la “firma” de reivindicación del crimen se presenta éste como sacrificio necesario para el avance de una causa – “la” causa del “pueblo vasco” – en un obscuro intento de usurpar el nombre, la palabra y los derechos de la ciudadanía cuya voluntad desprecian. Agravio que continúa cuando ante la legítima exigencia de responsabilidad y castigo de quien instrumentaliza la vida ajena como si una mercancía se tratara, éste se autoproclama perseguido político, pervirtiendo el sentido de la política, de la política entendida como juego de límites destinados a

* El presente texto tiene su origen en la conferencia pronunciada en la Universidad de Deusto el 28 de febrero pasado en las Jornadas de Homenaje a Jose Maria Lidón, asesinado por la bandad terrorista ETA el 7 de noviembre de 2001. Para esta publicación ha sido parcialmente reelaborado y actualizado para incorporar la reciente normativa europea en esta materia.

garantizar la convivencia y la pluralidad ideológica como conquista irrenunciable de la humanidad en su tortuosa historia. El intento de eludir el significado real de sus actos bajo la retórica de la “construcción nacional” o de la lucha por la independencia del pueblo, no es sino la expresión del dogmatismo absolutista de esa forma de entender la política que pretende medirse con las formas históricas de dominación totalitaria.

Negar al criminal su pretensión de arrogarse la aureola de “delincuente político” es una consecuencia obligada desde los parámetros de un sistema democrático donde toda reivindicación política o social tiene sus cauces de expresión y de negociación. La aureola del “delincuente político” merecedor de reconocimiento y respeto solo puede mantenerse en relación a regímenes autoritarios donde la disidencia ideológica y su expresión son objeto de represión y castigo. Pero la seducción de las palabras y de la violencia tiene una larga historia. La cuestión reside en decidir si queremos construir otra historia donde se avance en el repudio de la manipulación de las “causas” y de los sentimientos que cifran su grandeza en la magnitud del sacrificio y del sufrimiento que generan.

I. INTRODUCCIÓN. TERRORISMO Y DELITO POLÍTICO: NECESARIA DISTINCIÓN EN UN MARCO DEMOCRÁTICO.

Como es sabido, desde finales del siglo XVIII la figura del “delincuente político” se convierte en el emblema de la lucha por la libertad. Atentar contra un sistema represor despierta las simpatías de quienes comparten la necesidad de instaurar un nuevo orden basado en la igualdad y en la transformación de la cualidad de *súbditos* del poder por la de *ciudadanía* soberana. El amplio elenco de conductas que las monarquías absolutas definían como delitos de lesa majestad para eliminar a los opositores, se tornan en conductas merecedora de encomio, y sus autores encontrarán asilo y protección en los estados vecinos que se habían adelantado en el repudio del antiguo régimen.

Pero no hay idea que no corra peligro de perversión para convertirse en renovado “martillo de herejes” para quien se opone a la bondad de la causa. El periodo del *terror* que da nombre a aquellos años de implantación de la revolución francesa durante los cuales el “terror” fue proclamado necesario soporte para el triunfo de la “virtud”, hacía realidad una vez más la peligrosidad inherente al abrazo dogmático de cualquier causa. Patria o muerte. El paraíso o el infierno. Sumisión a la revolución o condena por traición. Nueva versión de la tradición instrumental de la razón de estado, aunque se recubra de mensajes de liberación.

Cuando desde finales del XIX la defensa de causa políticas o sociales proclama la necesidad de la “propaganda por el hecho”, del terror como doctrina pedagógica o como instrumento para adelantar el horizonte utópico, la multiplicación de brutales atentados indiscriminados, conduce a que comience a replantearse la figura del delito político¹. Negar la relevancia de la bondad de la causa y el altruismo de sus mentores, pese a tratarse de crímenes de especial gravedad, suponía sin embargo

¹ Un repaso de las sucesivas modalidades de terrorismo desde finales del XVIII hasta ahora, desde una perspectiva internacional, en HOFFMANN, B., *A mano armada. Historia del terrorismo*, trad. Morán, C., Madrid 1999, p. 18 ss. La bibliografía sobre la historia del terrorismo y en general sobre sus características, sus causas, las diferentes formas de actuación, etc., es inabarcable; En España, las convulsiones sociales asociadas a la explotación económica desde finales del XIX, abocaron a episodios de especial virulencia en consonancia con los movimientos revolucionarios europeos y la filosofía de inspiración anarquista de la “propaganda por la acción”, de especial incidencia en Cataluña, lo que dio lugar a la adopción de sucesivas leyes especiales para la represión de los atentados cometidos con aparatos o sustancias explosivas: Cfr. LAMARCA, C. *Definición jurídica de terrorismo*, Madrid 1984, p. 101 ss.

desmantelar una tradición de solidaridad con el delincuente político, en lo que era una de las señas de identidad del estado liberal frente a los sistemas despóticos. La aceptación de que el despotismo no sólo es el ejercicio del terror por parte del estado, sino también el ejercicio del terror por quienes pretende ejercitar la oposición política emulando los métodos de aquél, ha sido producto de una enseñanza trágica. La figura del delincuente político como luchador de las libertades tampoco queda a salvo del contagio del terror, del terror cuyo combate otorgaba fundamento a la aureola de héroe. Salvar la tradición del delito político en su sentido originario requiere por ello recordar que el prestigio del delincuente político no puede extenderse a quienes comparten la ideología instrumental de represión del oponente y de la imposición política mediante el crimen indiscriminado. Los sistemas represivos aplican la eliminación y el castigo de la disidencia política; los sistemas democráticos la promueven y la reconocen como fundamento de sus instituciones. Por eso la motivación política que se reprime en los regímenes dictatoriales, constituye el motivo de tutela del refugiado político en los regímenes democráticos. En los primeros será difícil deslindar el terrorismo y la delincuencia política porque ambos son tratados como enemigos del sistema bajo un discurso que identifica la disidencia política con el terrorismo. En un sistema democrático no cabe hablar de delito político porque los proyectos de cualquier signo tienen su cauce de expresión y reivindicación. El uso de la violencia como instrumento político se convierte en delictiva por el método utilizado, no por las ideas que se propugnen.

La superación de la figura del delito político únicamente puede realizarse en el marco de sistemas democráticos a nivel interno, y en las relaciones entre estados de sistemas homogéneos. En este marco, la negación del carácter de “delito político” al terrorismo no subvierte el fundamento que sirve para dotarle de trato privilegiado respecto a la delincuencia común. En el ámbito internacional de la diversidad de sistemas políticos persistirán las dificultades de delimitación, lo cual se refleja en los Tratados y Convenios internacionales contra el terrorismo. Los compromisos de colaboración y de persecución de delitos de especial gravedad mantienen la negativa a la extradición, con una u otra fórmula, respecto a los delitos que se hayan cometido en países donde las ideas son objeto de persecución, donde el colonialismo reprime las pretensiones de liberación, o donde pervivan regímenes racistas y sistemas de *apartheid*. Pero en la actualidad, aun en tales casos, si la oposición política se traduce en actos de terror contra la población del propio estado represor, los estados firmantes de los Convenios internacionales asumen la obligación de enjuiciar conforme a su propia legislación interna, los crímenes comunes cometidos en el país de procedencia. El principio de justicia universal cobra aquí carta de naturaleza: o se entrega al estado que lo reclama, o se juzga en el propio estado de refugio.

Desvanecida la división en bloques que caracterizó la geopolítica a partir de la segunda guerra mundial, emerge con mayor claridad la diferencia entre el delito político y los delitos dirigidos a alterar el juego democrático, al menos en el ámbito del número creciente de países que se suman al sistema de libertades. No puede ocultarse, sin embargo, que la situación es compleja y que los principios y criterios generales plasmados en la normativa internacional mantiene un importante grado de fragilidad en la práctica. El doble rasero aplicado por algunos gobiernos de países democráticos en sus prácticas de intervención en terceros países, desacredita la pretensión de supremacía del modelo democrático que dice repudiar los sistemas de terror, pero trata con lenidad al practicado por algunos estados amigos. En la mente de todos está la protección – si no la colaboración evidente – otorgada a dictaduras latinoamericanas en los años 70, o la promoción de grupos de desestabilización en terceros países, con el fin de favorecer los intereses estratégicos,- políticos, económicos o ideológicos- de los gobernantes de estados que pretenden imponer su hegemonía. La tradición instrumental de la política como “razón de estado”, que dio origen al estado moderno, mantiene su matriz antidemocrática de desprecio a las necesidades básicas de las personas concretas, subordinadas a la “causa” del interés general definido por la élite gobernante. La política por otros medios, a costa de la vida de las personas concretas sacrificadas como peones de la causa, es producto de la misma raíz ideológica que aflora en las opciones terroristas.

Estas también se atribuyen el papel de “vanguardia política” definidora del camino correcto en beneficio del “pueblo”².

Las anteriores reflexiones anticipan lo que pretende ser el hilo conductor de la presente contribución. La falta de claridad en la distinción entre lo que son los fines políticos de un programa determinado – tan perfectamente respetables como debatibles – y las formas de propagarlos o lograrlos, continúa abonando ceremonias de confusión interesada en los discursos cotidianos. Cuando el programa político tiene su raíz, como es usual, en frustraciones o agravios presentes o históricos, en injusticias y abusos, la movilización de las emociones, que sustentan en lo profundo nuestras percepciones y nuestra interpretación de las cosas, genera reacciones de ambigüedad entre la empatía con la causa y el rechazo de los métodos. El fortalecimiento de la cultura democrática reclama la clarificación permanente de la intolerabilidad de los procedimientos de subordinación de la vida y de los derechos básicos de las personas a los programas políticos por atractivos que fueran. Esta clarificación debe plasmarse en las propias leyes que castigan los crímenes de motivación política. El reproche jurídico, expresión del reproche social, debe quedar libre de contaminación ideológica. Sentar la distancia entre el terrorismo y la delincuencia política, que en un sistema democrático puede clarificarse de forma convincente, es el camino que debe recorrerse para desterrar cualquier atisbo legitimación social del terrorismo en la que éste pretende apoyarse.

Entre las lacras de cuarenta años de dictadura que padecimos en España, debe computarse la dificultad de superar esa confusión que impide desterrar de forma definitiva la ambivalencia en la justificación de la violencia de motivación política. En la transición hacia la democracia, la ley de amnistía del año 1977 consideró el carácter político de los actos de terrorismo realizados hasta entonces para extender a todos ellos el perdón de las penas, situando bajo la misma suerte los actos de ejercicio de derechos políticos entonces criminalizados y la comisión de asesinatos. Se confirmaba una vez más la premisa de la vinculación del concepto de delito político – en su significación de actuación valiosa liberadora frente a la represión - a los regímenes autoritarios. En éstos, la violencia contra las instituciones del régimen totalitario queda adscrita a la tradición del concepto del delito político definido por el fin de la instauración de un sistema de libertades.

La distinción entre la motivación política del terrorismo y el método de atemorización mediante atentados a la vida y a la libertad de los conciudadanos, debe plasmarse en la clarificación del fundamento de su tratamiento punitivo. Para ello es necesario deslindar los tres planos o niveles de objetivos concatenados que caracterizan la actividad terrorista. El primer objetivo o finalidad directa es la comisión de delitos de especial gravedad, asesinato, secuestro, amenazas, estragos, incendios...; el terrorismo consiste en primer lugar en realización de delitos “comunes” que en todos los ordenamientos jurídico se castigan como lo más incompatibles con las reglas de la convivencia. La diferencia con los delitos “comunes” radica en la instrumentalización de atentados a bienes jurídicos básicos para obtener el fin de atemorización, intimidación a la población o a parte de ella, y a los poderes públicos. Por eso “firman” sus crímenes, reivindicando la autoría, porque son su principal medio de propaganda³, la información de su presencia y de su voluntad de proseguir a su conveniencia con la repetición de hechos similares. En una sociedad mediática donde todo se refleja y magnifica desde los medios de

² FERRAJOLI, L. “La violencia y la política”, trad. Andrés, P., en PEREZ MARIÑO, V. (comp.) *Justicia y delito*, Madrid 1981, p. 68 ss.

³ Cfr. PISAPIA, “Terrorismo: delitto politico o delitto comune?”, *Giustizia Penale* 1975, p. 263, sobre el carácter meramente instrumental de los delitos terroristas en búsqueda de publicidad y propaganda; de forma antitética al delincuente común, que se esconde, el terrorista busca publicidad para su causa.

comunicación, la transmisión inmediata de la noticia de los atentados potencia la deseada publicidad, y potencia la atemorización⁴. La finalidad última de avanzar en la consecución de su proyecto político, o de incidir en las decisiones de los poderes públicos, puede ser de difícil obtención, y por lo general aparece como finalidad retórica de remota consecución. Es a la vez finalidad última, o si se quiere, la motivación primera. Pero en todo caso, aunque constituya un elemento característico del terrorismo político, en un sistema democrático el contenido del proyecto político, de la “causa”, no pertenece al objeto de la valoración a efectos del reproche penal. El debate sobre el carácter de ese proyecto, sobre sus aspectos aceptables o rechazables, tiene su lugar adecuado en otro espacio, el de la confrontación política democrática. Lo relevante a efectos del reproche punitivo es la pretensión de incidir políticamente mediante procedimientos no ya sólo incompatibles con la democracia, sino netamente criminales. Cómo puede traducirse esta diferenciación de planos en el lenguaje técnico del derecho, es una cuestión que ha sido tratada con cierta profusión a lo largo del siglo pasado desde la preocupación por lograr un colaboración internacional en la persecución del terrorismo. En los últimos años, los esfuerzos internacionales, al igual que a nivel regional europeo, han intentado aproximar las legislaciones de los estados hacia la coincidencia de definiciones comunes. Hace unos meses, la Unión Europea aprobó la definición que operará como pauta en relación a los estados miembros. En los siguientes apartados me referiré a las propuestas en ambos niveles. Por último, abordaré la concreta regulación del código penal español en cuanto al tratamiento del elemento subjetivo de la “finalidad”.

Una última observación en este apartado. La necesaria distinción que se propugna para la descripción normativa del terrorismo no es sino consecuencia de la exigencia democrática de mantener la distinción entre la legítima discusión sobre los idearios y la anatemización de los medios ilícitos para imponerlos. Ante la dramática provocación del terrorismo, es constatable la tentación de asociar las versiones “integristas” de una ideología, de una religión o de un proyecto político, que son integristas por la absolutización de la “causa” y su pretensión de imposición violenta, con las versiones compatibles con el sistema democrático. La anatemización indiscriminada de los métodos violentos y de su ideología favorece las tesis de quienes optan por el método del terror, en su propósito de ser identificados y nombrados por sus ideas y no por sus crímenes. El discurso terrorista necesita de la polarización, busca la simplificación de la designación del Bien y del Mal. Contagiarse del esquema de su discurso para proclamar en sentido inverso la existencia de un “eje del Mal” y un “eje del Bien” resulta tan falaz como enormemente peligroso. Tan injusto y peligroso es condenar al Islam por el terrorismo de Al Qaeda, como a los nacionalismos por el terrorismo de grupos integristas de la misma filiación. Religiones y patrias, pero también causas de liberación de distinto credo, nunca se han librado de versiones fanáticas y terroristas. Los sistemas democráticos tampoco están libres de degeneraciones autoritarias, y el descrédito de la democracia cuando esta traspasa los límites nos devuelve a la situación de confusión originaria.

II. LA DEFINICION JURÍDICA DEL TERRORISMO: SUS FUNCIONES A NIVEL DE DERECHO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO INTERNO DE LOS ESTADOS.

Desde una perspectiva fenomenológica o descriptiva podemos definir el terrorismo tomando alguna de las definiciones generales que recogen los rasgos más significativos sobre los que podría llegarse fácilmente a un acuerdo. Así, recogiendo las propuestas de mayor aceptación, describe CALDUCH el

⁴ Cfr. FERNÁNDEZ MONZÓN, M. “Prensa, opinión pública y terrorismo” en Del CAMPO, S. (dir.), *Terrorismo internacional*, Madrid 1984, p. 65 ss; HOFFMANN, B., *A mano armada. Historia del terrorismo*, trad. Morán, C., Madrid 1999, p. 202 ss., sobre la fascinación mediática del terrorismo y la ambigüedad de sus efectos.

terrorismo como “*estrategia de relación política basada en el uso de la violencia y de la amenaza de la violencia por un grupo organizado, con objeto de inducir un sentimiento de terror o de inseguridad extrema en una colectividad humana no beligerante y facilitar así el logro de sus demandas*”⁵.

La traducción de estos rasgos a términos jurídicos presenta mayores dificultades porque ya no se trata de una mera descripción, sino de acotar los elementos que sustentan el reproche normativo y la correlativa exigencia de responsabilidad individual. Desde las coordenadas propias de un derecho penal del hecho – que limita su intervención a las conductas exteriorizadas que contiene la capacidad de lesionar o poner en peligro *bienes jurídicos*-, resulta obligado delimitar con precisión los rasgos de la conducta prohibida, a fin de garantizar la seguridad jurídica y la adecuación de las respuesta punitiva a la magnitud del significado disvalioso que presenta.

En el nivel interno de la normativa estatal, la delimitación típica de los actos de terrorismo determina cuáles son las conductas concretas que dan lugar a una concatenación de efectos de intervención en el orden sustantivo penal y en el orden procesal, que se reservan para quienes resulten implicados en actividades terroristas. En el ámbito sustantivo del derecho penal, la elevación sustancial de la penalidad respecto a la prevista para el delito “común” correspondiente y, la adición de otras privaciones de derechos, como la inhabilitación, que en derecho español se establecen con una duración considerable respecto a los delitos comunes⁶; la punición de los actos preparatorios, la punición especial de actos de colaboración, el castigo de la apología de los hechos que se definan como terroristas. Por otro lado, paradójicamente, se establece para los delitos de terrorismo la posibilidad de una importante atenuación como premio por el abandono de las actividades delictivas si va acompañada de la colaboración para el descubrimiento o la evitación de otros delitos⁷. En segundo lugar, son de especial relevancia las consecuencias de orden procesal que en la mayoría de los países se establecen para el enjuiciamiento de estos delitos, desde la atribución del enjuiciamiento de los hechos a tribunales especializados hasta la prolongación de los tiempos de detención policial, limitación en la elección de la asistencia letrada, limitación de comunicaciones, o ampliación de competencias policiales en determinadas medidas de investigación⁸.

En cuanto a la técnica legislativa de tipificación del terrorismo, ciñéndonos a los países de nuestro entorno, los criterios utilizados responden a dos modelos básicos. Ambos comparten la técnica de enumeración o listado de delitos graves contra la vida, integridad, y libertad, o contra la propiedad en supuestos graves, y los delitos de estragos o los realizados mediante armamento, explosivos o medios de análoga capacidad destructiva (en algún caso con expresa referencia a la informática ya la biotecnología).

⁵ CALDUCH, R. “Una revisión crítica del terrorismo a finales del siglo XX” en REINARES, F. (ed.) *State and societal reactions to terrorism*, Oñati 1997, p. 12.

⁶ Art. 579. 2 c. p. en su actual redacción conforme ala reforma operada por la LO 7/2000.

⁷ Art. 579. 3 c. p.

⁸ En la normativa española estas consecuencias afectan a la atribución de la competencia jurisdiccional de investigación y enjuiciamiento a la Audiencia Nacional (Disposición Transitoria de la LO 3/1988 de 25 de mayo). De particular trascendencia son las restricciones de las garantías de derechos fundamentales que, conforme a las previsiones del art. 55,2 de la Constitución, pueden ordenarse respecto a personas sospechosas de delito relacionado con “bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes”: a) prolongación del término máximo de la detención policial, con autorización judicial, hasta cinco días (art. 520 bis LECr); b) designación de asistencia letrada de oficio si el juez decreta la incomunicación del detenido, y correlativa suspensión del derecho a comunicar la detención al familiar o allegado (art. 527 LECr); c) intervención de correspondencia y comunicaciones que en caso de urgencia puede ordenarla el Ministro de Interior o el Director de la Seguridad del Estado dando cuenta inmediata al Juez que deberá decidir sobre su procedencia (art. 579,4 LECr); d) detención y registro puede realizarse en caso de urgencia sin autorización judicial, si bien se dará cuenta de inmediato al Juez competente (art. 553); e) el ejercicio de cargo o función pública queda suspendido automáticamente una vez dictado auto de procesamiento y prisión provisional (art. 384 bis LECr).

Las diferencias residen en la especificación o no de un elemento subjetivo típico referido a la finalidad próxima – intimidar, causar terror, alterar gravemente el orden público- o a finalidades últimas, de carácter político.

Un modelo estrictamente objetivo es el adoptado en el c.p. alemán, que define el terrorismo desde la vinculación a una “asociación terrorista”, caracterizada ésta escuetamente como aquella cuyos “fines o actividad” consisten en la ejecución de determinados delitos de especial gravedad⁹. Como contraposición, el modelo subjetivo-objetivo, explicita la finalidad del terrorismo fijada en la intimidación a la población, la alteración grave del orden público, o subversión del orden democrático. En esta línea, el c.p. francés se refiere a la finalidad de “*alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror*”¹⁰, y el c.p. italiano enuncia únicamente el propósito de “*realización de actos violentos con el fin de destrucción del orden democrático*”¹¹. Portugal ofrece la definición más prolija en la configuración del elemento subjetivo que define el terrorismo: propósito de “*perjudicar la integridad o la independencia nacional, impedir, alterar o subvertir el funcionamiento de las instituciones del Estado previstas en la Constitución, forzar a una autoridad pública a practicar un acto, a abstenerse de practicarlo o a tolerar que se practique, o intimidar a ciertas personas, grupo de personas o a la población en general*” mediante la práctica de determinados crímenes graves que la ley enumera¹². La mención a la finalidad de atentar contra la “integridad nacional” implica la prohibición de proyectos políticos independentistas, una reminiscencia del colonialismo que no resulta compatible con el marco democrático. La referencia al propósito de presionar al Gobierno en la adopción de decisiones amplía notablemente el ámbito del terrorismo, puesto que da lugar a calificar como tal la comisión de delitos no vinculados a grupos terroristas y que no contengan la capacidad de atemorización de la población. La reciente ley antiterrorista británica del año 2000, es asimismo un exponente del modelo mixto de máxima amplitud en cuanto a la referencia a las finalidades definitorias del terrorismo. Este queda definido por la “comisión, o amenaza de comisión” de una serie de delitos graves que enumera, siempre que se ejecuten con dos propósitos o finalidades determinadas, una más próxima que se expresa en una doble variante y otra que refiere propiamente a la motivación: a) “influir en el Gobierno, o intimidar a la población o a un sector de la población”, y b) “promover una causa política, religiosa o ideológica”. Más aún se establece que cuando se trate de delitos realizados con empleo de armas o explosivos, los actos constituyen terrorismo aunque no concorra ninguna de las finalidades descritas en el

⁹ § 129 a) del c.p. alemán. Los delitos a que se refiere son: 1. asesinato, homicidio o genocidio; 2- delitos contra la libertad (secuestro y toma de rehenes); 3. incendios, estragos, secuestro de aeronaves o naves. - La punición abarca, además de a los miembros de la organización, a quienes apoyan o hacen propaganda de la organización.

¹⁰ Art 421-1 del c. p. francés: “Constituyen actos de terrorismo aquellos que en relación a un plan individual o colectivo que tenga por finalidad alterar gravemente el orden público mediante la intimidación o el terror, y supongan la comisión intencional de los siguientes delitos [...]”. El listado recoge cuatro grupos de delitos: 1) atentados dolosos contra la vida, la integridad, detención y secuestro de personas, secuestro y desviación de aeronaves, navíos o de otro medio de transporte; 2), robos, extorsiones, destrucciones, daños o deterioro, incluidos los relativos a los medios informáticos, 3) delitos relativos a grupos armados (art 431-13: grupo de personas que posean o tengan acceso a armas, fuera de la ley, dotado de organización jerarquizada y susceptible de alterar el orden público); 4) fabricación, posesión, transporte, producción o venta de explosivos o artefactos mortífero o de sus componentes, municiones y armas, armas biológicas o tóxicas.

¹¹ Art. 270 bis del c. p. italiano. Junto a la asociación “terrorista” el c. p. italiano (que data de 1930, “Código Roco”, aunque con las lógicas y numerosísimas modificaciones) mantiene antiguas definiciones de asociaciones ilícitas, como la “asociación subversiva” (art. 270) definida por su propósito de “establecer violentamente la dictadura de una clase social sobre otra, o a suprimir violentamente una clase social, o bien a subvertir violentamente los órdenes económicos o sociales constitutivos del Estado”, o la “asociación antinacional” referente a las asociaciones que promuevan actividades dirigidas a “destruir o debilitar el sentimiento nacional”(art. 271). Por otro lado la “asociación de tipo mafioso” (art. 416 bis) queda contemplada en el Título de los delitos contra el orden público.

¹² Arts. 300 y 301 del c. p. Portugués. La lista de delitos es similar a las que se contemplan en los países antes citados.

apartado a)¹³. Las fronteras entre el terrorismo y los altercados violentos ocasionales se desvanecen. El modelo del c.p. español, que analizaré más adelante, responde también al criterio mixto, estableciendo como requisito subjetivo la concurrencia de la finalidad de “alterar gravemente la paz pública, o de subvertir el orden constitucional.

La exigencia de que concurra un elemento subjetivo de finalidad política, se ha defendido como necesaria para diferenciar el terrorismo de lo que constituyen delitos otros fenómenos de delincuencia violenta con alguna base organizativa. Sin embargo, la referencia a determinadas finalidades políticas – como la pretensión de perjudicar la integridad o la independencia nacional (c.p. portugués) – o la finalidad de “promover una causa política, religiosa o ideológica” (ley antiterrorista británica) permiten considerar terrorista la comisión aislada de actos delictivos de mayor o menor gravedad, que no presenten sin embargo la entidad que atribuimos al terrorismo para conmocionar la seguridad colectiva. La generación de “terror”, deriva de la existencia de una organización armada que persiste en la comisión de delitos graves. Incluir bajo la misma regulación punitiva otros delitos de resistencia violenta como protestas sociales, huelgas, o manifestaciones políticas violentas sin un respaldo organizativo de un grupo terrorista, conduce a la difuminación del significado de la excepcional gravedad del terrorismo y del carácter excepcional de las medidas que se arbitran para su punición.

Las previsiones penales en el ámbito europeo puede decirse que son coincidentes en lo fundamental, sobre todo en lo que respecta a la tipificación de las “asociaciones terroristas”, pero difieren sobre todo en la contemplación del “terrorismo individual” y en los criterios de delimitación de ésta modalidad. Diferencias que en breve se acortarán en cumplimiento de la Decisión Marco de la UE de 26 de junio de 2002, por la que se adopta una definición de terrorismo a la que deberán adaptarse las normativas penales de los estados miembros. Pero los problemas persistirán respecto a delitos cometidos en terceros países y a la colaboración de terceros países en relación a los delitos de terrorismo cometidos en el espacio europeo. La pervivencia de regímenes totalitarios seguirá obstaculizando la diferenciación entre el terrorismo y la violencia política de resistencia frente al terror estatal, y la posibilidad de lograr un consenso internacional sobre una definición jurídica de terrorismo. No es posible llegar a un acuerdo sobre los términos de definición del terrorismo que no incluya el terror estatal, a lo que se oponen los gobiernos que lo practican – y los que lo instigan o toleran – y en consecuencia tampoco sería aceptable una definición limitada al terrorismo contra el poder instituido mientras pervivan regímenes de terror. El mismo orden de problemas dificulta en la actualidad la puesta en marcha de la Corte Penal Internacional destinada a juzgar los crímenes contra la Humanidad.

No obstante, la falta de una definición universal de terrorismo viene siendo paliada parcialmente mediante la adopción de Convenios específicos de colaboración para la persecución de determinados delitos de repercusión internacional. Las obligaciones asumidas por los estados que los ratifican afectan en particular a cooperación en materia de extradición y correlativa negativa del asilo a los implicados en tales delitos, y más recientemente a medidas de embargo de las fuentes de financiación (Convenio de las N.U. de 1999, al que me referiré posteriormente). Como regla general, la posibilidad de denegar la extradición por concurrencia de elementos políticos que hagan sospechar que la persona afectada no recibirá un trato justo, se complementa con la obligación del estado de refugio, de enjuiciar conforme a su legislación interna los hechos que motivan la solicitud de extradición (*aut dedere, aut iudicare*).

La cuestión de la relevancia que debe concederse a la “finalidad política” en la delimitación de los actos terroristas ha sido uno de los escollos que durante el siglo pasado frustraron los intentos de una definición internacional de terrorismo, pese a las numerosas Conferencias y reuniones internacionales que desde las primeras décadas se esforzaron en lograr algún acuerdo. El panorama

¹³ *Terrorism Act 2000*, 20. 7. 2000, art. 1 (1),(2) y (3).

empezó a cambiar en los años 90 y, entrado el nuevo siglo, se abren posibilidades de lograr una creciente aproximación en los criterios que permitan diferenciar el derecho a la resistencia y los actos de terrorismo, la delincuencia política contra el estado, y la violencia política que se cierne de forma indiscriminada sobre sectores de la población.

III. RASGOS DE LA EVOLUCION DEL CONCEPTO JURÍDICO DE TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL.

El concepto de delito terrorista a nivel internacional ha venido acuñándose desde su relación con el delito político, en una progresiva reducción del asignado inicialmente a éste. La primera reducción se produjo tempranamente en 1856 de forma coetánea a la consolidación del principio de no extradición por delitos políticos. La llamada “cláusula belga del atentado”, adoptada tras el atentado frustrado contra Napoleón III y el refugio en Bélgica de los autores, exceptuaba del privilegio de no extradición a los atentados contra Jefes de estado extranjeros o a miembros de su familia. Posteriormente se ampliará a miembros de gobierno o representantes del estado. Precisamente se trata de delitos de neta significación política, por la finalidad y por el carácter político de la víctima, pero la expectativa de reciprocidad anima la adopción de la “cláusula” entre países de sistemas progresivamente afines en sus postulados políticos. A partir de ahí, las restricciones operarán hacia la exigencia de que no se dirija contra objetivos que no tengan significación política, excluyendo un concepto “amplio” de delito político definido únicamente por la finalidad que mueve a sus autores¹⁴.

La negación de la categoría de “delito político” a efectos jurídicos ciertamente no prejuzga la intencionalidad política de su motivación, pero niega su relevancia para la valoración jurídica de los hechos, ante la consideración prevalente de la especial gravedad de los bienes jurídicos atacados. Como se ha destacado frecuentemente, el concepto de delito político que se adopte será siempre funcional, esto es, adaptado al tratamiento jurídico que se considera debe acarrear¹⁵. Por ello, la fórmula utilizada en los Tratados para eludir las divergencias de criterios sobre el concepto de “delito político” ha sido la de ni negar ni afirmar, sino únicamente declarar que “a efectos del presente Tratado,” o “a efectos de la extradición”, determinada lista de crímenes “*no se considerarán delitos políticos, ni delitos conexos con él, ni delitos de motivación política*”.

En relación al terrorismo no sólo se trata de negarle el tratamiento privilegiado del delito político, sino de lograr un máximo acuerdo para coordinar y unificar a nivel internacional las medidas para combatirlo jurídicamente. La dirección indiscriminada de los atentados terroristas, la virulencia de los medios mortíferos utilizados y su incidencia en la seguridad de la población, determinarán su progresivo distanciamiento del fundamento que animaba la idea del delito político.

¹⁴ La discusión sobre el concepto de delito político gira alrededor del alcance que debe otorgarse al elemento subjetivo de la finalidad política. Si se mantiene que debe concurrir juntamente con el carácter estrictamente político del bien jurídico atacado, sin que afecte a bienes jurídicos personales, se obtiene un concepto restrictivo mixto-restrictivo, que es el que prevalece en la doctrina española actual. Cfr. sobre las distintas definiciones de delito político, con amplias reseñas históricas y doctrinales, cfr. JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. III 2ª ed. Madrid 1965, p. 207 s. ; QUINTANO RIPOLLÉS, A. “Delito político” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. V, Barcelona 1954 p. 604 ss; CEREZO MIR, J. *Curso de derecho penal español. Parte General*, I 4ª ed. Madrid 1994, p. 239 ss. ; LAMARCA PEREZ, C., *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, p. 57 ss.

¹⁵ LAMARCA, *El tratamiento jurídico del terrorismo*, Madrid 1985, p. 58

1. Propuestas de definición en las primeras décadas del siglo XX. Conferencias internacionales y Convención de Ginebra de 1936.

En las primeras décadas del siglo pasado, destacan, entre otros encuentros y reuniones, las *Conferencias para la Unificación del Derecho Penal* que tuvieron lugar desde 1927 hasta 1935, inicialmente con el objetivo de establecer una lista de “delitos contra el derecho de gentes”. Ya en la Primera Conferencia de Varsovia, se incluye como “delito contra la humanidad” el empleo intencional de medios capaces de desencadenar graves consecuencias sobre la población, incendios, explosivos, delitos de “peligro común”, lo que constituye una descripción del terrorismo sin nombrarlo. A partir de la III Conferencia, celebrada en Bruselas en 1930, se introduce ya de forma expresa el término “terrorismo” para designar los delitos que comportaran : a) un peligro colectivo, b) un ataque a bienes jurídicos básicos (vida, libertad o integridad corporal de las personas y bienes de los estados o de los particulares); y c) que se ejecuten con el móvil de lograr la realización, o de manifestar, ideas políticas o sociales¹⁶.

La atención a la finalidad política que aparece en esta propuesta acabará siendo desplazada a favor de la consideración de la finalidad de “aterrorizar a la población”¹⁷, o de producir una “situación de terror de entidad para provocar bien una alteración o una obstaculización en el funcionamiento de los poderes públicos o bien una afectación a las relaciones internacionales”¹⁸. La reticencia a incluir la finalidad política, como se manifestó en la IV Conferencia para la Unificación del Derecho Penal celebrada en París en 1931, respondía al temor de que sirviera para limitar la libertad de expresión y el derecho a la oposición política, ampliando en consecuencia el poder de los estados en la lucha contra sus adversarios políticos¹⁹.

La primera definición de terrorismo con pretensión de vigencia internacional aparece en la *Convención de Ginebra para la prevención y represión del terrorismo* de 16 de noviembre de 1937. Auspiciada por la Sociedad de las Naciones, pretendía lograr que los estados se involucraran en la persecución de actos de terrorismo cometidos contra terceros países, y adoptaran en sus legislaciones la previsión del mismo tratamiento punitivo previsto para los realizados contra el propio estado. A tal efecto presentaba en su art.1.2 una definición general de los rasgos definitorio de los “actos de terrorismo”:

“ hechos criminales dirigidos contra un Estado, cuyo fin o naturaleza sea provocar el terror en personalidades determinadas, en grupos de personas, o en la población”

A continuación establecía una enumeración de actos concretos susceptibles de considerarse terroristas conforme a aquella definición. Como es sabido, la Convención no llegó a entrar en vigor porque únicamente uno de los estados firmantes (la India) procedió a su ratificación. No obstante queda como testimonio de la tendencia a situar la “atemorización” de personas o grupos determinados, en el

¹⁶ Sobre las propuestas de esta Conferencias, Cfr. EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo. Su concepto*. Madrid 1985 p. 51 ss.

¹⁷ Así en la propuesta de la IVª Conférence pour la Unification du Droit Pénal celebrada en Paris 1931. Cfr. EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo*, cit. p. 52 s. En esta reunión se propone la elaboración de un “Convenio Internacional” para la represión del terrorismo, que tendrá su plasmación en las Convenciones de Ginebra de 1937 que, sin embargo, nunca entraron en vigor. Cfr. FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P. *La obligación internacional de colaborar con el terrorismo*, Madrid 1992, p. 20 ss.

¹⁸ Cfr. art. 1 del texto aprobado en la Vª Conférence pour la Unification du Droit Pénal celebrada en Madrid en 1933, recogido en EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo*, cit. p. 54.

¹⁹ GUNZBURG, N. “La lutte contre le terrorisme”, en *Revue de Droit Pénal et de Criminologie* 1935, p. 880 s.

centro de la conceptualización del terrorismo²⁰. El modelo de definición contiene el patrón, que muchos años después se abrirá camino como definición europea en el presente año 2002.

2. Tratados internacionales a partir de los años 70. El imposible acuerdo sobre un concepto de terrorismo y la técnica de enumeración de los delitos objeto extradición.

Con posterioridad a la segunda guerra mundial comienza una nueva etapa de propuestas internacionales, ya bajo el auspicio de las Naciones Unidas, que se irán plasmando en una larga lista de Convenios monográficos sobre delitos concretos que afectan a la seguridad de los transportes en el espacio aéreo y marítimo, o ala seguridad de personas determinadas: *Convención para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves*, La Haya 1970; *Convenio para la represión e actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, Montreal 1971; *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra el delitos contra las personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos*, Nueva York 1973; *Convención internacional contra la toma de rehenes*, Nueva York 1979; *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, Organización Marítima Internacional 1988²¹. El objetivo era, de nuevo, conseguir que los estados asumieran la necesidad de colaborar en su persecución, facilitando la extradición o, en caso de denegarla, asegurando el enjuiciamiento de los hechos en su propio territorio (*aut dedere, aut judicare*). Asimismo, se establece la obligación de castigar los hechos objeto de los tratados con “penas severas” o “con penas adecuadas que tengan en cuenta le carácter grave de los hechos”.

En ninguno de los convenios citados se menciona el término terrorismo, ni el de delito político, limitándose a la descripción de las conductas que deben ser objeto de persecución y respecto a las cuales se establece la obligación de colaboración. Pero la contención en los términos no impide que las divergencias afloren en las reservas que acompañan a las ratificaciones por los estados. En particular la Convención de 1973 de Nueva York sobre personas internacionalmente protegidas contiene un tensionado cruce de reservas sobre el reconocimiento recíproco de soberanía en relación a determinados territorios, y en particular en relación al reconocimiento del estado de Israel. En el Anexo, expresamente se declara que la Asamblea General reconoce que las disposiciones de la Convención “en ningún caso podrán comprometer el ejercicio del legítimo derecho a la libre determinación e independencia conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas [...], por los pueblos que luchan contra el colonialismo, la dominación extranjera, la discriminación racial y el apartheid”. La Convención de 1979 sobre toma de rehenes incluye en su art. 9 la fórmula de reserva a la extradición cuando se tema “que la solicitud de extradición se ha hecho con el fin de perseguir o castigar a una persona por causa de su raza, religión, nacionalidad, origen étnico u opinión política”, fórmula contemplada en el Convenio europeo de extradición de 1957, como complemento del principio de no entrega del delincuente político. Los

²⁰ Aunque la definición no despertó grande elogios. Señalaba, DONNEDIEU DE VABRES, H. “La represión internationale du terrorisme. Les Conventions de Gêneve (16 novembre 1937)”, *Revue de Droit International et de Legislation Comparé* 1938, n. XIX p. 42, que la definición quedaba por un lado demasiado limitada por referirse únicamente a los delitos “contra el Estado”, y a la vez era demasiado amplia porque el efecto de atemorización, de amenaza o de terror concurre en muchos otros delitos.

²¹ *Convención para la represión de apoderamiento ilícito de aeronaves*, La Haya 1970; *Convenio para la represión e actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil*, Montreal 1971; *Convención sobre la prevención y el castigo de delitos contra el delitos contra las personas internacionalmente protegidas*, Nueva York 1973; *Convención internacional contra la toma de rehenes*, Nueva York 1984; *Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima*, Organización Marítima Internacional 1988.

informes de las Naciones Unidas de esta época son ilustrativos de los recelos manifestados por las delegaciones de numerosos países respecto a una definición de terrorismo que dejara fuera el “terrorismo ejercido desde el poder”, menospreciando la justa lucha de colectivos “desesperados por la miseria, la frustración y la provocación” que buscan la recuperación de sus libertades políticas, sociales y económicas frente al terror del poder de estados que niegan sus derechos²².

3. El Convenio Europeo para la represión del terrorismo de 1977.

De forma paralela a las Convenciones internacionales de las Naciones Unidas, el *Convenio para la represión del terrorismo* de 1977 patrocinado por el Consejo de Europa, responde al mismo modelo de elusión de definiciones generales. Pese al título adoptado para designar el Convenio, el término terrorismo no vuelve a parecer en el texto. Simplemente se enumera la lista de infracciones que quedan sometidas a las reglas convenidas. Ahora bien, el art. 1. arranca con la conocida declaración: “A los efectos de la extradición entre Estados contratantes, ninguno de los delitos mencionados a continuación se considerará como delito político, como delito conexo con un delito político o como delito inspirado en motivos políticos”. Fórmula que parece destinada a “liberar” a los estados del compromiso de no extraditar los delitos políticos, mediante la “despolitización” de las infracciones de particular gravedad²³. Al igual que en el Convenio europeo de extradición, queda salvada en todo caso la garantía de no entrega del perseguido por consideraciones de raza, religión, nacionalidad u opiniones políticas, o cuando se tema que su situación corre el riesgo de agravarse por las citadas causas. El Convenio admite además la introducción de ulteriores reservas por parte de los estados respecto al propio art. 1, lo que debilitaba la operatividad del acuerdo, a cambio de salvar las reticencias a restringir el emblemático principio de tutela del delincuente político como distintivo del modelo de libertades²⁴.

²² United Nations. General Assembly. *Report of the “ad hoc” Committee on International Terrorism*, New York 1979, p. 8 s.: “la identificación de la resistencia contra el terror como terrorismo solo podría entenderse como un intento de defender relaciones internacionales obsoletas, y de desacreditar e impedir la justa y legítima batalla de los pueblos oprimidos por su libertad e independencia respecto a todas las formas basadas en la dominación y en el impedimento de los derechos “. La lucha genuina de los pueblos oprimidos por la liberación y por la igualdad de los derechos, - se arguye por representantes de varios estados - “constituye de hecho una negación del terrorismo, de la violencia y de la subyugación; sería un intento de ganar en el respeto por los derechos humanos y en el establecimiento de un orden legal justo”. Frente a estas observaciones el Informe recoge la posición de otras delegaciones que reiteran la necesidad de garantizar la tutela a dichos colectivos, pero asimismo de rechazar con claridad el empleo de métodos inhumanos para alcanzar objetivos o utopías humanistas, y diferenciar asimismo la resistencia violenta de los actos de terrorismo.

²³ En concreto en el propio art. 1 se enumeran los siguientes: a) *Los delitos comprendidos en el ámbito de la aplicación del Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970*, b) *Los delitos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil firmado en Montreal el 23 de septiembre de 1971*; c) *los delitos graves constituidos por un ataque contra la vida la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos*; d) *los delitos que impliquen rapto, toma de rehenes o secuestro arbitrario*; e) *los delitos que impliquen la utilización de bombas, granadas cohetes, armas de fuego automáticas, o cartas o paquetes con explosivos ocultos, en los casos en que dicha utilización represente un peligro para las personas*; f) *la tentativa de comisión de alguno de los delitos anteriormente mencionados o la participación como autor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos*”. Y en el art. 2º se contempla la facultad de cada estado de no considerar delito político o conexo “a cualquier acto grave de violencia no comprendido en el artículo primero y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas”

²⁴ Los comentaristas señalan las paradojas de este Convenio, que en la búsqueda del acuerdo se concede un amplio margen a los estados para introducir reservas a la ratificación. La lectura de las numerosas reservas que acompañan

Si por un lado la “despolitización”, traducida en la fórmula de enunciar el terrorismo por razón de la especial gravedad del delito, eludiendo referencia a los móviles ideológicos, salvaba unos escollos, por otro, no dejó de suscitar las críticas. Ignorar la motivación política, se aduce, significa desacreditar la lucha de quienes reivindican sus libertades, con lo que se difuminan los contornos entre lo que es resistencia frente a regímenes represivos y lo que es terrorismo, con la consecuencia de desamparo internacional en perjuicio de víctimas de sistemas de opresión política. Por otro lado, atendiendo a la perspectiva de las leyes penales internas, se señala el peligro de contaminación del sistema penal ordinario por la tendencia a extender de las medias especiales antiterroristas a la delincuencia violenta común²⁵.

La cuestión de fondo permanece: ¿dónde reside la especificidad del terrorismo que justifica por un lado su tratamiento agravado respecto a la delincuencia “común” y por otro, la exclusión de las ventajas del delito político a nivel internacional?. La contestación parece perfilarse en los distintos intentos de definición examinados, que la sitúan en la orientación instrumental de la comisión de delitos graves y de riesgo colectivo, a fin de atemorizar la población. El papel que juega la motivación política continúa siendo controvertido.

A finales de los años 90 el clima político internacional tras el desmoronamiento del “telón de acero”, y la sucesión de gravísimos atentados terroristas en distintos lugares del mundo, va a facilitar ciertos avances para lograr una definición de terrorismo susceptible de mayores consensos.

4. La nueva orientación de los Convenios para la represión del terrorismo en los años 90.

En 1997 el *Convenio para represión de los atentados terroristas cometidos con bombas* y dos años después, en 1999 el *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo* marcan el inicio de una nueva orientación metodológica en la coordinación de la lucha contra el terrorismo internacional. La técnica del listado o enumeración de hechos delictivos sometidos a extradición va a ser sustituida por la referencia a los medios de que se vale el terrorismo para cometer sus atentados. El Convenio de 1997 contempla los atentados con explosivos o con otros medios letales en una definición característica del delito de estragos; se reproduce la fórmula que niega la consideración de delito político a tales hechos, a la vez que reconoce la excepción a la extradición cuando se trata de la persona pueda ser perseguida por razón de sus opiniones políticas, origen étnico o nacional. El Convenio de 1999 pretende lograr la colaboración interestatal en la investigación y control de las estructuras organizativas de los grupos terroristas atendiendo a sus mecanismos de financiación, cuya sofisticación es creciente. El Preámbulo de Convenio parte de la constatación de que “el número y la gravedad de los actos de terrorismo internacional dependen de la financiación que pueden obtener los terroristas”.

las ratificaciones son ilustrativas del recelo de los estados a lo que pudiera constituir un recorte de los principios recogidos en sus propias constituciones políticas o en su normativa interna respecto a la tradición de asilo y acogida a los delincuentes políticos. Una tensión que sólo podrá superarse en las relaciones entre países que compartan el mismo modelo de estado. Cfr. ampliamente sobre el Convenio MARCHETTI, M. R. *Istituzione europea e lotta al terrorismo*, Padova 1986., p 25 ss.

²⁵ Cfr. las actas del Coloquio celebrado en la Universidad libre de Bruselas en 1973: *Réflexions sur la définition et la répression du terrorisme*. Bruxelles 1974.

El uso del término “terrorismo” no ya sólo en el título sino también de forma reiterada en su preámbulo, indica un avance en el acuerdo sobre las conductas que pueden recibir tal calificativo. Y por primera vez se ofrece una definición general de terrorismo, de forma indirecta pero plausible, al enunciar los delitos cuya financiación debe criminalizarse. Dice concretamente el art. 2. 1 de dicho Convenio:

“ Comete delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recabe fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer

- a) Un acto que constituya delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como está definido en ese tratado.*
- b) cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando el propósito de dicho acto, por su naturaleza o su contexto sea intimidar a una población u obligar a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”²⁶*

El presupuesto de estas previsiones es la consideración del terrorismo como actividad organizada que como base fundamental requiere la articulación de medios de financiación. Máxime si se trata de terrorismo internacional. Pero no se limita a éste. La definición que se ofrece en el apartado b) es aplicable a la manifestaciones domésticas de terrorismo que se caracteriza por la finalidad intimidatoria contra la población. Para el terrorismo internacional añade otra finalidad como alternativa, la presión ante una organización de tal rango. De tal manera que quedan fuera de la definición ofrecida los actos violentos que pretendan presionar ante un determinado gobierno, si por el contexto o por su naturaleza no implican además aquel efecto de intimidación colectiva.

El Convenio establece no sólo las formas de colaboración entre los estados en orden a la persecución de la financiación del terrorismo, sino además la obligación de incorporar a su legislación interna la tipificación del delito de financiación²⁷. La citada definición constituye un antecedente cercano de la propuesta que la Unión Europea presentará tres años después a los estados miembros para unificar sus normativas internas en materia de terrorismo.

IV. UNION EUROPEA. LA DEFINICIÓN DE TERRORISMO EN LA DECISIÓN MARCO DE 13 DE JUNIO DE 2002

Pocos días antes de los terribles atentados terroristas del 11 de septiembre del pasado año 2001 en Estados Unidos, el Parlamento de la Unión Europea aprobaba una importante Recomendación sobre el

²⁶ *Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo*, ratificado por España el 1 de abril del 2002 (BOE 23. 5. 2002).

²⁷ El art. 6 del Convenio establece que “*Cada Estado Parte adoptará las medidas que resulten necesarias, incluida, cuando proceda, la adopción de legislación interna, para asegurar que los actos cometidos comprendidos en el ámbito del presente Convenio no puedan justificarse en circunstancia alguna por consideraciones de índole política, filosófica, ideológica, racial, étnica, religiosa u otra similar*”. Además de la previsión que constituye fórmula reiterada en todos los Convenios anteriores que en éste figura en su art. 14: “*A los fines de la extradición y de la asistencia judicial recíproca, ninguno de los delitos enunciados en el artículo 2 se considerará delito político, delito conexo a un delito político o ni delito inspirado en motivos políticos. [...]*”

Ambos previsiones parten de la constatación de que nos encontramos ante fenómenos delictivos de motivación ideológica o finalidad política, elemento fáctico que sin embargo no puede atraer ningún efecto de privilegio o benignidad en el plano jurídico de la responsabilidad penal y de su persecución judicial.

papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo²⁸. En ella se propugnaban un elenco de actuaciones para la constitución efectiva de un espacio judicial europeo donde la extradición deje de ser necesaria, para la unificación de criterios en el tratamiento jurídico del terrorismo en los estados miembros, y para la adopción de medidas contra la financiación de organizaciones terroristas. La extensa fundamentación explicativa ofrece criterios de orientación general, entre las que destacan las que subrayan los presupuestos democráticos como marco que permite negar toda legitimación a la violencia política, que por ello debe diferenciarse de los actos de resistencia en sistemas autoritarios. Así, entre otras consideraciones, las siguientes:

[...]

P. Recordando que en nuestras sociedades democráticas cualquier conflicto de orden político, social y ecológico puede y debe ser resuelto a través de los cauces previstos en un estado democrático y de Derecho, por lo que nada puede justificar el uso de la violencia terrorista,

[...],

T. Considerando que, en la Unión Europea los actos terroristas se tienen que considerar delitos que, en un Estado de derecho, pretenden modificar estructuras políticas, sociales y medioambientales con la amenaza, concretamente, de la violencia o con el recurso a la misma, lo que lo distinguen de los actos de resistencia en países terceros contra estructuras estatales que revisten una dimensión terrorista,

[...]

AA. Expresando su convicción de que habida cuenta de la estructura democrática y constitucional del proceso de toma de decisiones en los Estados miembros, no hay ideologías u otros motivos que puedan justificar los actos terroristas cometidos en la Unión Europea y que, aunque el móvil aducido sea eminentemente político se deben considerar delitos, e incluso delitos contra la humanidad, que hay que perseguir penalmente, respetando el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea,

BB. Subrayando en consecuencia que las medidas adoptadas contra el terrorismo en ningún caso se podrán basar en leyes y procedimientos de urgencia

[...] ²⁹

Tres meses después las recomendaciones tomaban cuerpo, en el clima de enorme conmoción producida por los terroríficos atentados del 11 de septiembre que, sin duda, actuó como factor acelerador para la adopción de los sucesivos acuerdos. Con fecha de 27 de diciembre de 2001 el Consejo europeo aprueba dos importantes “Posiciones Comunes” en el marco de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y un Reglamento correlativo de aplicación inmediata. En el mes de junio del presente año, el Consejo adopta dos “Decisiones Marco” de especial importancia para lograr la aproximación de las leyes penales de los estados miembros en esta materia, y para agilizar la entrega de presuntos responsables mediante la *orden de detención europea* - “euro-orden” – que sustituirá a partir de su entrada en vigor, a los procedimientos de extradición entre los estados miembros³⁰.

²⁸ Texto aprobado por el Parlamento el 5 de septiembre de 2001 como *Recomendación del Parlamento Europeo sobre el papel de la Unión en la lucha contra el terrorismo* (2001/2016 (INI)), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 72 /E, de 21. 3. 2002, pp. 135-141.

²⁹ Entre otras indicaciones merece también ser resaltada algunas de carácter preventivo, como la reseñada en el apartado Q. : “*Recomendamos a los Estados miembros que desarrollen, como parte de su acción de prevención del terrorismo políticas educativas, sociales y otras dirigidas a combatir la exclusión social, económica y cultural, y fomentar entre los jóvenes un compromiso de rechazo de cualquier forma de violencia terrorista, así como el entendimiento de cómo hacer uso de la democracia para resolver los conflictos*”

³⁰ La relación de decisiones es la siguiente:

- 1) **Posición Común (2001/930/PESC) relativa a la lucha contra el terrorismo** en la que se contempla el delito de financiación del terrorismo, la denegación del refugio de los presuntos responsables, medidas para evitar el reclutamiento en grupos terroristas y par evitar el abastecimiento de armas (DOCE L344 de 28. 12. 2002, p. 93-96)

En el ámbito regional de la Europa comunitaria, esta batería de medidas contra el terrorismo señala el inicio de una nueva etapa que prescinde de referencias al delito político. Puede entenderse que al menos en el marco de la Unión, se logran superar las objeciones para deslindar de forma tajante esta figura respecto a los delitos de terrorismo, presupuesta la homogeneidad de los principios por los que rigen los estados miembros. Lo cual no significa que la diferenciación deje de operar respecto a terceros países cuyos sistemas sustenten prácticas de represión de “dimensión terrorista”, como se indicaba en la Recomendación antes citada. Ciertamente tampoco los países democráticos están a salvo de derivaciones autoritarias que los acercan a los regímenes que proclaman repudiar. La patente violación de las garantías jurídicas básicas y de los derechos de reconocimiento internacional, en las condiciones de detención de personas sometidas a investigación por los atentados del *11 de septiembre* son una muestra de los riesgos de involución favorecidos bajo el manto de las políticas antiterroristas³¹.

Del conjunto de disposiciones recientemente aprobadas por el Consejo de la UE interesa destacar la “*Decisión Marco del Consejo de 13 de junio de 2002 sobre la lucha contra el terrorismo*” (2002/475/JAI) donde por primera vez³² se presenta, con carácter vinculante, una definición jurídica de terrorismo que los estados miembros deberán incorporar a sus respectivos ordenamientos penales. En ella se aúna la técnica ya consolidada de enumeración de delitos graves que pueden constituir terrorismo, y la exigencia de que la realización de tales hechos se dirija contra un estado o aparezca impregnada de una determinada finalidad. Por su importancia transcribo el texto de dicha definición recogida en su **art.1** titulado “*Delitos de terrorismo y derechos y principios fundamentales*”:

-
- 2) **Posición Común (2001/931/PESC)** sobre la aplicación de medidas específicas de lucha contra el terrorismo. De especial interés porque en ella se adopta por primera vez una definición de “actos terroristas” y de “grupo terrorista”, que operará a efectos del Reglamento aprobado a continuación. Se establece asimismo la elaboración listas de personas y grupos a los que se aplicarán las medidas de congelación de fondos o activos financieros y otros recursos económicos implicados en actividades terroristas. En su Anexo presenta ya una primera lista nominal de personas, grupos y entidades afectados (DOCE L 344, de 28. 12. 2002, p. 93-96)
 - 3) **Reglamento n. 2580/2001** sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo. Plasmación normativa de la *Posición Común* adoptada ese mismo día, que entró en vigor al día siguiente. Los estados miembros quedan obligados a su aplicación, y al establecimiento de sanciones “efectivas, proporcionadas y disuasorias” efectivas” para los casos de incumplimiento de las medidas de congelación establecidas. Se decide asimismo la revisión y actualización periódica de la lista de personas físicas o jurídicas o grupos a los que se aplica el Reglamento (DOCE L 344, de 28. 12. 2002, p. 70-75).
 - 4) **Decisión Marco (2002/475/JAI)** de 13. 6. 2002 sobre la lucha contra el terrorismo (DOCE L164 de 22. 6. 2002, p. 3-7), que contiene la definición de actos terroristas, grupos terroristas y criterios de responsabilidad penal.
 - 5) **Decisión Marco (2002/584/JAI)** relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega de los estados miembros, aprobada el 13. 6. 2002 (DOCE L190 de 8. 7. 2002, p. 1-12)

³¹ El acento en la protección del “estado” o del “gobierno” para justificar la represión de movimientos de oposición en sistemas represivos de libertades, continúa siendo una práctica que, como se viene denunciando por organismos humanitarios y de defensa de derechos humanos, resulta favorecida en el clima mundial de cruzada antiterrorista. Por ello, recordemos que fuera del marco de la Unión, las reglas generales aplicables a la extradición y al asilo mantienen su vigencia, incluidas las excepciones a la entrega solicitada cuando se trate de “delito político” o cuando se tema que la persona cuya entrega se solicita será juzgada en función de consideraciones étnicas, de nacionalidad o de opinión política. Al igual que se excluye la extradición si el estado solicitante no asegura que la renuncia a la pena capital para el delito en cuestión. Si el estado de acogida rechaza la extradición, deberá poner a la persona afectada a disposición de los tribunales para que juzgada por los hechos que pudieran constituir delito de terrorismo (*aut dadere, aut judicare*), en base al principio de jurisdicción universal.

³² La definición aparece en realidad la primera vez en la *Posición Común 2001/931*, de 27 de diciembre de 2001, como anticipo de la posterior *Decisión Marco*.

1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

- intimidar gravemente a una población,
 - obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,
 - o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;
- a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;
 - b) atentados graves contra la integridad física de una persona;
 - c) secuestro o toma de rehenes;
 - d) causar destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;
 - e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;
 - f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;
 - g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;
 - i) amenaza de llevar a cabo cualesquiera de las acciones enumeradas en las letras a) a h);

2. La presente Decisión marco no puede tener como consecuencia la modificación de la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales sancionados por el art. 6 del tratado de la Unión Europea³³.

³³ Véase también arts 2 a 4. En el art. 3 se establece que deben tipificarse como “delitos ligados a las actividades terroristas” los hurtos o robos agravados, el chantaje y la falsificación de documentos administrativos realizados con el fin de llevar cabo los delito del art. 1 ; En el art. 4 la obligación se extiende a tipificar como delito la inducción, la complicidad y la tentativa (extensión no obligada respecto a la tentativa de amenazas y a la de perturbación de suministros de agua electricidad o recursos naturales básicos). En cuanto al art. 2, de especial trascendencia para la tipificación de las grupos terroristas, se transcribe a continuación:

Art. 2. Delitos relativos a un grupo terrorista.

1. A efectos de la presente Decisión marco, se entenderá por grupo terrorista todo grupo estructurado de más de dos personas, establecido durante cierto tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismos. Por “organización estructurada” se entenderá una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en la que no necesariamente se ha asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, ni hay continuidad en la condición de miembro o una estructura desarrollada.

2. Todos los estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tipificar como delitos los actos intencionales siguientes:

- a) dirección de e un grupo terrorista;
- b) participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o mediante cualquier forma de financiación de sus actividades, con conocimiento de que esa participación contribuirá a las actividades delictivas del grupo terrorista.

Mediante esta definición se delimitan los delitos a los que serán aplicables las medidas específicas de colaboración, desde la euro-orden, a la intervención de financiación. La necesaria incorporación a las normativas internas de cada estado de las pautas establecidas en la Decisión marco, obligará a la introducción de ciertas reformas que en algunos países implicarán la ampliación de las figuras de terrorismo. En España, las previsiones sobre terrorismo superan con creces las pautas de la definición europea. No obstante afectará a algunos aspectos, como los relativos a la tipificación del “organización grupo terrorista”³⁴ y a la responsabilidad de las personas jurídicas³⁵. De los múltiples comentarios que sugiere la anterior definición, interesa ahora únicamente prestar atención al elemento finalístico que, junto con la referencia al “contexto” o la “naturaleza del delito y su idoneidad para perjudicar a un país u organismo internacional” resulta decisivo para la calificación como “terrorista” de los delitos enumerados en el listado de la definición.

La idoneidad para producir una “lesión grave al país o a la organización internacional” constituye el presupuesto básico común que delimita la calificación del terrorismo. Se trata de un concepto jurídico indeterminado cuyo contornos quedan abiertos a la interpretación, pero que es evidente que remiten a situaciones de especial gravedad cuya valoración requiere un ejercicio de contraste con lo que constituyen otras formas delictivas. Los módulos para fijar la “gravedad”, según el contexto, imponen al juzgador la necesidad de una ponderación conjunta de los elementos típicos a fin de excluir de la subsunción típica otros delitos graves, que por su naturaleza intimidan a la población, pero que constituyen fenómenos ordinarios de la delincuencia común; asimismo deben quedar excluidos del campo del terrorismo actos violentos dirigidos a presionar al gobierno que constituyen manifestaciones de conflictividad social o política sin pretensión estratégica de activación sistemática de la violencia³⁶. No puede ignorarse que la batería de decisiones en la política antiterrorista se dirige a combatir las organizaciones que reivindican la legitimidad del uso de la violencia como método sistemático de actuación sobre la sociedad. La delimitación de la “gravedad” del posible efecto sobre un país debe entenderse desde estos parámetros que apuntan al efecto que produce en la ciudadanía y en las instituciones la amenaza de continuidad de atentados o de destrucción de bienes o servicios, amenaza vinculada al carácter permanente de aquellas organizaciones. Esta primera delimitación de la gravedad debe completarse con la comprobación de los elementos finalísticos incorporados a la definición.

El elemento subjetivo de finalidad se configura sobre tres modalidades alternativas, de manera que es suficiente que concorra una de ellas. En cualquier de las tres modalidades debe tenerse en cuenta que los elementos subjetivos que se adicionan al dolo ordinario referido al delito común, no pueden entenderse

³⁴ Nótese que conforme al art. 2, reproducido en la nota anterior, queda conceptualizado como grupo terrorista aquél de carácter estable que actúe de manera concertada para cometer delitos de amenazas; es decir se prescinde del carácter “armado” que comúnmente se exige en tales grupos, y éste es el criterio consolidado en la jurisprudencia de nuestro país. Es claro que conscientemente se ha querido ampliar la calificación de grupo terrorista a organizaciones periféricas cuyas amenazas cobran especial relevancia por la existencia próxima de un grupo armado. En el art. 5. 3, donde se indican las penas a imponer, se tiene en cuenta esa diferente entidad de tales grupos según este criterio, y por ello la obligación de fijar como pena máxima la de 15 años de prisión para directores del grupo, queda exceptuada en relación a directores de grupos terroristas que limiten su actividad a la realización de amenazas, para los cuales la pena máxima obligada se establece en 8 años de prisión.

³⁵ Cfr. arts. 7 y 8, que señalan la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones penales o administrativas que deben arbitrarse para ellas.

³⁶ Cfr. FERRAJOLI, L. P. P. 66 s. sobre la diferencia entre “activismo terrorista” y la diversa fenomenología de manifestaciones sociales, que pueden contener algunas expresiones violentas – huelgas, ocupación de tierras, piquetes...etc – pero que carecen de la dimensión estratégica de la violencia política ya que se centran en reivindicaciones de demandas directas, sin pretensión de legitimar la violencia como forma sistemática de lucha. En el mismo sentido BONANATE, L. “Dimensioni del terrorismo politico” en BONANATE, L. (a cura di) *Dimensioni del terrorismo politico*, Milano 1979 p. 129 ss.;

desconectados de la conducta que se exterioriza. La realización del hecho típico, el asesinato, secuestro...etc., debe ostentar entidad suficiente para poder generar los efectos que el autor pretende: introducir un factor de presión de considerable magnitud para afectar la seguridad y libertad de la población, o al funcionamiento ordinario de las instituciones.

La primera finalidad, *intimidación grave* a la población, expresa el efecto característico del fenómeno terrorista, fundado en su propia dinámica de actuación sistemática, indiscriminada o unida al anuncio explícito o implícito de nuevos atentados. La existencia de una organización estable cuya actividad consiste en la planificación y ejecución de tales delitos, constituye en sí misma un factor desestabilizador o amenazante. Cada acto delictivo realizado en tal contexto despliega por ello un efecto amenazante que coarta la espontaneidad de las decisiones de la población, o al menos de parte significativa de la misma, o de las instituciones. En tal sentido, este elemento subjetivo no plantea mayores problemas de interpretación, ni de comprobación procesal, en tanto se trate de actos realizados desde una organización dedicada a la comisión sistemática de delitos graves.

Las finalidades políticas, la pretensión propagandista de una ideología o de un proyecto, o la motivación religiosa o social, aunque concurren, no son relevantes para la calificación del hecho en tanto los delitos realizados, por su contexto o naturaleza sean ya susceptibles de desencadenar el pretendido efecto de grave intimidación.

En cuanto a la finalidad de “obligar indebidamente” a las instituciones internas o internacionales a actuar de una determinada forma, a través de la comisión, o de la amenaza de comisión, de los delitos reseñados, debe deducirse de las reivindicaciones explícitas o implícitas de los autores, o del grupo. El problema reside en su conjugación con el requisito del potencial *perjuicio grave* al país o a una institución internacional. Por ejemplo un motín penitenciario con toma de rehenes para forzar determinada concesión del gobierno constituye un delito grave de los enumerados en el art. 1. Pero sus calificación como acto terrorista requiere que alcance unas dimensiones o una permanencia que exceda notoriamente de lo que es una revuelta penitenciaria. Otro ejemplo, la agresión, o agresiones graves a la policía en el curso de una protesta para presionar contra una determinada política crediticia del Fondo Monetario Internacional reunido en aquel lugar, ¿podría calificarse como acto de dirigido a desestabilizar gravemente dicho organismo?. Los temores a una interpretación laxa o extensiva no son infundados.

En cuanto a la finalidad de desestabilización grave de las estructuras políticas, constitucionales o económicas o sociales”, parece concretar el significado de esa potencial lesión grave a un país. Propiamente se corresponde con el dolo de peligro, requerido para imputar ese potencial perjuicio grave. La fórmula recuerda a la definición de “asociación subversiva” del código penal italiano³⁷, y supone la inclusión como terroristas de aquellas formas de criminalidad organizada que hagan uso de la violencia por intereses económicos, de tipo mafioso o similar.

En todo caso, debe entenderse que se trata de la desestabilización de las bases de un orden democrático, base común de la Unión europea. Tengamos en cuenta que la definición que se incorpora a la legislación interna de los estados miembros resultará aplicable también a quienes atenten contra regímenes dictatoriales que todavía persisten en otros países y buscan refugio entre nosotros. Conceder significado definitorio a la finalidad de “desestabilización” política – constitucional, económica o social – de forma indeterminada, prescindiendo de que se trate de un orden que no permite la contestación y la reivindicación por cauces democráticos, conduciría a equiparar la resistencia violenta frente al terror estatal, a la práctica indiscriminada de delitos contra la vida o la seguridad de los población. *Sensu contrario*, los actos de terror contra la población realizados desde el poder no podrían considerarse

³⁷ Vid. *supra* n. 11.

idóneos para “lesionar gravemente al país” (evidentemente podría afirmarse tal lesión desde perspectivas democráticas) si entendemos por tal lesión la desestabilización de sus instituciones.

La posibilidad de adjetivizar como terroristas los delitos que no despliegan el efecto de grave intimidación colectiva, abre brechas importantes a la inseguridad jurídica. La técnica de contemplar el elemento subjetivo finalístico de forma alternativa, permite equiparar supuestos de significación netamente diferenciable. Las medidas especiales aplicables al terrorismo deben mantener su aplicación restringida a los supuestos de uso sistemático de medios especialmente peligrosos, o singulares manifestaciones de terrorismo individual de especial virulencia, pero no está justificada su extensión a delitos que tienen su encaje y su penalización suficiente en las previsiones comunes. En la definición europea, la exigencia del peligro de lesión grave al país, permitirá contener la pulsión expansiva de los otros requisitos subjetivos. En la tipificación del código penal español que ahora se examinará, el riesgo de expansión del campo del terrorismo proviene también de la contemplación alternativa de las finalidades que se enuncian para definir el terrorismo.

V. CONCEPTO DE TERRORISMO EN LA NORMATIVA PENAL ESPAÑOLA: EL ELEMENTO SUBJETIVO FINALISTICO.

1. Marco normativo.

El actual código penal de 1995 dedica una Sección específica titulada “Delitos de terrorismo”, en el marco del Título relativo a los “Delitos contra el orden público”. En dicha Sección se recoge dos grupos de previsiones de actos terroristas. En primer lugar los delitos de terrorismo realizados por miembros o colaboradores de una organización terrorista (art. 571 a 576). En segundo lugar, lo que constituye novedad de este código, los realizados sin vinculación a grupos terroristas, que ha venido denominándose terrorismo “menor”³⁸ o periférico, “violencia de persecución”³⁹, unidos por el común fin de “subvertir el orden

³⁸ DE PRADA SOLAESA, J. R. “Delitos relacionados con el terrorismo en el Código Penal de 1995”, *Jueces por la democracia*, n. 20 3/1996, p. 74. Los comentaristas del nuevo código, han acuñado la expresión “terrorismo individual” para este grupo, aunque paradójicamente las manifestaciones de “kale borroka” que dieron origen al nuevo tipo penal son actuaciones coordinadas de activismo de grupo. Su poder intimidatorio reside más que en las acciones en sí, cuya gravedad las sitúa en serias alteraciones del orden público, en su función amplificadora de la amenaza del grupo terrorista de referencia, Eta, cuyas consignas asumen y difunden, pero manteniendo una autonomía en sus formas de actuar. La dificultad de probar una relación orgánica con el grupo terrorista, que probablemente concurra en alguno de los “coordinadores”, ha operado como motivo del legislador para reconducir a esta figura tales manifestaciones. Por otro lado, la más que sospecha de que en los últimos tiempos Eta recluta nuevos militantes entre las filas de la *kale borroka* obliga a actuar con la máxima eficacia en la persecución de estos hechos, pero no pueden ignorarse las contraindicaciones criminológicas sobre el efecto anticipador de la orientación criminal en los jóvenes ser etiquetados prematuramente como “terroristas”. Por ello, es cuestionable la opción político criminal adoptada consistente en incluir bajo la misma adscripción manifestaciones violentas que van desde aquéllas que implican uso de explosivos con peligro grave para las personas, hasta las que se circunscriben a daños menores en los bienes. Supuestos estos últimos que tiene su encuadre adecuado en los tipos comunes contra el orden público.

³⁹ Término acuñado por el Movimiento *Gesto por la Paz* que la define como “utilización sistemática de la violencia callejera, el acoso, la amenaza, la agresión u otros medios, incluido el asesinato, para señalar, perseguir y hostigar a determinadas personas por el hecho de defender públicamente sus planteamientos ideológicos, por su condición de representantes de los ciudadanos o por el libre ejercicio de su profesión” (Documento “*Coordinadora Gesto por la*

constitucional o de alterar gravemente la paz pública, o de contribuir a estos fines atemorizando a los habitantes de una población o a los miembros de un colectivo social, político o profesional” (art. 577). Figura esta última controvertida por incluir delitos de muy distinta entidad lesiva, pues incluye tanto delitos graves contra la vida y la libertad, como delitos de coacciones o de daños de menor entidad⁴⁰. La pertenencia a banda armada o grupo terrorista, queda fuera de dicha Sección, tipificada como asociación ilícita en el Título relativo a los “Delitos contra la Constitución”. La reforma operada por la LO 7/2000 ha añadido a la Sección el delito de apología o enaltecimiento del terrorismo, que había sido despenalizado en 1995, y de vejación a las víctimas (art. 578), aunque que por su naturaleza no pueden considerarse “terrorismo”⁴¹ si bien se trata de conductas que favorecen el “clima” intimidatorio creado por éste⁴².

El elenco ofrecido es ciertamente amplio, y coincide en lo fundamental con la definición europea de actos terroristas pero la supera por exceso en cuanto a las previsiones del art. 577 (en las que se prescinde de la exigencia de peligro para la vida o gran perjuicio económico) y a las del art. 578. Es previsible que respecto a este segmento de previsiones que van más allá de la delimitación indicada en la Decisión Marco 2002/475 surjan problemas en la aplicabilidad de medidas concretas de colaboración entre los estados miembros (euro-orden, bloqueo de cuentas bancarias y de fuentes de financiación).

El código penal no ofrece propiamente una definición de terrorismo sino algunos rasgos comunes a los dos grupos básicos de actos de terrorismo⁴³, que pueden concretarse en dos requisitos: uno de carácter objetivo, la realización de una conducta que es en todo caso constitutiva de delito, delito común de asesinato, secuestro, amenazas, estragos...etc.; y otro de carácter subjetivo, finalístico o teleológico, que impregna el sentido del hecho definido por la finalidad de “subvertir el orden constitucional o de alterar la paz pública”. Finalidad con la que se caracteriza a las “bandas armadas, organizaciones o grupos

Paz de de Euskal Herria ante la violencia de persecución” septiembre 2000, p. 3. Puede consultarse en www.gesto.org.violenciadepersolucion.htm.

⁴⁰ Amplitud que conduce a diluir la frontera con los delitos de desórdenes públicos; las críticas a esta figura por su amplitud y por romper con el modelo que restringía la calificación de terrorismo a los hechos vinculados con “grupos terroristas”, LOPEZ GARRIDO, D. /GARCIA ARAN, M *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, p. 206; CANCIO, M., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (ed.) *Comentarios al código penal*, Madrid 1997, p. 1393. La LO 7/2000 ha ampliado aún más la lista de supuestos delictivos encuadrados bajo el art. 577, incluyendo supuestos de daños comunes de menor entidad. Cfr. LAMARCA, C., en LAMARCA (coord.) *Manual de Derecho Penal. Parte especial*. Madrid 2001, p. 715.

⁴¹ Se trata de delitos que no comportan la comisión de un delito común contra otros bienes jurídicos, sino que constituyen manifestaciones de apoyo a los delitos cometidos por otros; recuérdese el reciente Auto del TS en el *Caso Otegui*, en el que se declaró la falta de competencia de la jurisdicción española para perseguir penalmente la apología realizada en otro país, por no tratarse propiamente de “terrorismo”, que es el supuesto que permite extender la jurisdicción conforme al principio de justicia universal (art 24. 4. b (Auto de 14. 6. 2002 de la Sala de lo Penal del TS denegatorio del recurso de súplica interpuesto por el M. Fiscal)

⁴² Ambas conductas podrían situarse en lo que la doctrina alemana denomina “delitos de clima”, por su incidencia en la provocación o mantenimiento de un “clima” de atemorización de grupos o colectivos especialmente vulnerables (LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 25 Auf., München 1997, § 130, Rn. 10) La criminalización de conductas que se mantienen en el nivel de la expresión verbal resulta siempre necesitada de especial fundamentación en un estado de libertades, en un “derecho penal de ciudadanos” que se contraponga a un “derecho penal de enemigos”; por ello tal penalización debe ser excepcional, y circunscrita a situaciones especialmente críticas, “tiempos de crisis de legitimación”, como propone JAKOBS, G. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, p. 783 (en traducción al castellano, puede consultarse en JAKOBS, G., *Estudios de derecho penal*, trad. Por Peñaranda., E. Suarez, C. Cancio, M., Madrid 1997, p. 293 ss.). Sobre los delitos de clima y su relación con la afectación a la “paz pública”, LANDA GOROSTIZA, J. *La intervención penal frente a la xenofobia*, Bilbao 2000, 296 ss, 355 ss. en la línea restrictiva de la propuesta de JAKOBS.

⁴³ Los dos grupos básicos a que me refiero son los contemplados en los arts. 571 a 575, y en el art 577.

terroristas”(art. 571) y o a los delitos cometidos bajo sus dictados, y que se reitera como elemento subjetivo en la tipificación del terrorismo “periférico” (art. 577). Por ello, la delimitación de este elemento subjetivo, resulta decisiva para diferenciar una banda terrorista de otras formas de criminalidad organizada violenta, y para establecer la frontera con los respectivos delitos comunes básicos.

La regulación anterior a 1995, después de unos años de intensa y tortuosa producción de leyes especiales en materia de terrorismo, fue incorporada al código penal en 1988(LO 3/1988) en el intento de “normalizar” su tratamiento⁴⁴. Los delitos de terrorismo quedaban tipificados como delitos comunes *cualificados*, cualificados por la pertenencia o conexión del sujeto activo con “bandas armadas o grupos terroristas” y por el uso de armas de fuego, explosivos o elementos incendiarios (art 174 bis b)); se incorporó también el tipo específica de “colaboración con el terrorismo”, como punición anticipada de ayuda que favoreciera “las actividades o la consecución de los fines de una banda armada, grupo terrorista o rebelde” (art. 174 bis a)). Ambos preceptos quedaron ubicados junto a los delitos de asociación ilícita, bajo el epígrafe titulado “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de las personas reconocidos en las leyes”. Las descripciones típicas quedaron despojadas de cualquier mención a finalidades políticas o ideológicas, por lo que el fundamento de la agravación de la pena se asentaba exclusivamente en criterios objetivos de la peligrosidad de los medios utilizados, y fundamentalmente por constituir manifestación de los planes delictivos de una organización terrorista. Ciertamente es la existencia de ésta, como entidad que firma y reivindica los crímenes realizados, lo que imprime a cada delito un efecto comunicativo adicional de la permanencia del peligro latente, de anuncio de voluntad de reiteración, y por ello su capacidad para producir el “terror”⁴⁵.

La “despolitización” del terrorismo en los textos legales iniciada en 1978 y continuada en sucesivas leyes especiales de carácter penal y procesal ⁴⁶, respondía a la voluntad explícita del legislador, conforme a lo acordado en los Pactos de la Moncloa, de eludir cualquier referencia a las finalidades políticas del terrorismo, por varias razones⁴⁷. Por un lado, para alejarse del patrón de las leyes franquistas que atribuían a las ideologías contrarias al régimen el germen terrorista; por otro, la supresión de cualquier vestigio que sugiriera persecución política era condición indispensable para lograr la colaboración de los países vecinos en la persecución del terrorismo doméstico. Por ello se acude a una técnica de tipificación que básicamente responde al modelo del *Convenio europeo para la represión del terrorismo* de 1977. A las anteriores se añade otra razón, de fundamento democrático, aducida reiteradamente en el Parlamento: en un sistema de libertades la resistencia queda institucionalizada al trasladarse sus reivindicaciones al espacio del juego político, puesto que en sí toda finalidad puede ser objeto de debate y únicamente quedan proscritos los medios no pacíficos. Ni siquiera la pretensión de modificar el orden democrático puede prohibirse mientras

⁴⁴ Sobre el significado de la reforma operada por la LO3/1988 y de la correlativa LO 4/1988 que afecta a la Ley de enjuiciamiento criminal, críticamente TERRADILLOS, *Terrorismo y Derecho*, Madrid 1988, *passim*.

⁴⁵ Cfr. EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo*, cit. p. 129 ; LAMARCA, C. *El tratamiento jurídico del terrorismo*, cit. p. 162 ss

⁴⁶ Cfr. art. 1 de la L. 56/1978 de 4 de diciembre de *medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados* y L. 82/1978 de 28 de diciembre de *modificación del código penal en materia de terrorismo*; y L. 11/1980 de 1 de diciembre *sobre los supuestos previstos en el art. 55,2 de la Constitución*. La formulación objetivada de la conducta terrorista – “delitos cometidos por grupos organizados y armados” – no aseguraba la restricción del ámbito de las normas antiterroristas, sino que llevaba al peligro de su expansión hacia la los delitos contra el orden público Cfr. GOMEZ BENITEZ, J. M., “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, n. 16 1982, p. 64 ss.

⁴⁷ LAMARCA, C. *El tratamiento jurídico del terrorismo*, cit. p. 162 ss. ; GARCIA SANPEDRO, J. *Terrorismo: aspectos criminológicos y legales*, Madrid 1993, p. 220 s.

no se rebase la palabra y el escrito⁴⁸. Deja de tener sentido, en consecuencia, designar jurídicamente el terrorismo por razón de las finalidades o proyectos políticos en los que se inspire.

Se marcaba la distancia de esta manera con aquellas fórmulas que describían el terrorismo por su finalidad de atentar “contra la seguridad del Estado o contra el orden público, contra la unidad nacional y el orden institucional”⁴⁹, o que dispensaban el mismo tratamiento punitivo a “grupos y organizaciones comunistas, anarquistas, separatistas y aquellos otros que preconicen o empleen la violencia como instrumento de acción política o social”, a la vez que castigaban la apología “encubierta o implícita de tales ideologías o de la acción violenta”⁵⁰.

Pero las exigencias de seguridad jurídica obligaban a precisar el concepto de “banda armada o grupo terrorista” que a la postre quedaban indeterminados, trasladando al intérprete la tarea de concreción. Jurisprudencia y doctrina científica coinciden en la construcción de dicho concepto en base a dos elementos, uno de carácter estructural-objetivo en cuanto “organización”, y otro de carácter subjetivo-teleológico cifrado en la finalidad política de subversión del orden institucional, o de las bases de la convivencia democrática. El cuanto al elemento estructural, se conforma por una asociación estable de varias personas, articulada de forma jerárquica, disciplinada, y de carácter armado, constituida para la comisión sistemática de delitos graves mediante el uso de armamento o explosivos⁵¹. El elemento subjetivo o teleológico se expresa con formulaciones que se asocian a los propios rasgos del grupo terrorista. En reiterada jurisprudencia, que remite a la STC 199/1987 de 16 de diciembre, se definen los grupos terroristas como aquellos que “*por el uso de armamento que poseen o por la clase de delitos que cometen, causen inseguridad a la población, con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios de la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social; en consecuencia se consideran actos terroristas aquellos que suponen “en su intención o en su resultado, un ataque directo a la sociedad y al propio Estado social y democrático de Derecho”.*

Durante la vigencia del código anterior (en los términos introducidos en 1988), las menciones a la finalidad no son frecuentes en la jurisprudencia, pero cuando aparecen se inscriben en la explicación discursiva que no requiere contraste probatorio, ya que no resultaba necesario indagar la motivación o propósito del autor del delito una vez de que el tenor legal había prescindido de cualquier mención a finalidad definida. La alusión a la finalidad se dirige a subrayar un dato fenomenológico, la conexión entre el delito común de especial gravedad y la atemorización consecuente de la ciudadanía; o la conexión entre el delito cometido y la pretensión de alteración del orden democrático, en el sobreentendido de que la intimidación que se ejerce es instrumental para la obtención o propagación de finalidades políticas. En todo caso, debe hacerse notar que la argumentación jurisprudencial de la última década reconduce su discurso a parámetros democráticos, situando el significado político de la actuación delictiva en la pretensión de forzar, mediante la violencia, el funcionamiento ordinario de los procedimientos democráticos. No son las

⁴⁸ Argumentaciones mantenidas desde las filas de UCD y del PSOE: Cfr. la intervenciones de OSCAR ALZAGA y de PECES BARBA, en la discusión del Proyecto de ley sobre terrorismo (convertido en Ley 4/1978 de 4 de diciembre), *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* 27 de julio 1978, n. 118, p. 4691; y mismo *Diario*, 24 octubre 1978, n. 128, p. 5094 s.

⁴⁹ Art. 260 del c. p. de 1944, conforme a la modificación introducida en 1971, (Ley 44/1971 de 15 de noviembre) que expresamente añade a la anterior redacción la finalidad de “atentar contra la unidad nacional y el orden institucional”.

⁵⁰ Como establecían los arts. 4 y 10 del DL 10/1975 de 26 de agosto “*sobre prevención del terrorismo*”. La apología de delitos, no ya de ideologías, sigue incriminándose tanto respecto a delitos de terrorismo como a delitos de rebelión y sedición.

⁵¹ MESTRE, E. *Delincuencia terrorista y Audiencia Nacional*, Madrid 1987, 189 ss. ; CAMPO, J. C. *Represión penal del terrorismo. Una visión jurisprudencial* Madrid 1997. p. 323 ss.

concretas finalidades políticas las que emergen como objeto del reproche, sino, como subraya LAMARCA, el uso de la violencia para hacer efectivo un programa político⁵².

En el código penal de 1995 el elemento subjetivo adicional de la “finalidad” emerge de nuevo como requisito típico, que por lo tanto tiene que indagarse y confirmarse en cada caso. La doctrina que criticaba la “despolitización” de las definiciones de terrorismo, había insistido en la necesidad de que los tipos penales recogieran la finalidad política al definir el terrorismo para marcar la frontera con el delito común⁵³. El recuerdo de la tradición que equiparaba “bandolerismo” y terrorismo en la legislación de los años 40 (ley de bandidaje y terrorismo), y concretas experiencias de aplicación de las leyes antiterroristas en la prolongación de la detención policial a presuntos autores de atracos violentos – como el trágico caso de “el Nani”- abonaban esta propuesta. En el c.p. de 1995 se recoge efectivamente la referencia a la finalidad política en términos que remiten al propósito de “subvertir el orden constitucional”; pero a la vez se contempla como finalidad alternativa la de “alteración grave de la paz pública”, con lo que los inconvenientes apuntados no van a quedar despejados, sobre todo en lo que respecta al amplio espectro de delitos que pueden ser calificados de terrorismo conforme al art. 577, que no requiere vinculación a grupo armado de organización estable.

2. Significado de los elementos subjetivos de finalidad. Consideraciones dogmáticas.

Las finalidades de “subvertir el orden constitucional o de alterar gravemente la paz pública” que integran la definición de los delitos de terroristas, se conforman como “elementos subjetivos del injusto”, estos es, como elementos de intención que se adicionan al dolo típico referido al delito común realizado. El dolo define la actuación con clara conciencia, o con finalidad directa, de lesionar o de poner en peligro los bienes jurídicos que se pretenden tutelar mediante la prohibición del asesinato, las lesiones, la detención ilegal, los estragos, la posesión de explosivos...etc. Las finalidades ulteriores que la ley contempla bajo la forma de *elementos subjetivos de tendencia*, co-fundamentan el injusto típico⁵⁴ en los delitos de terrorismo. Son elementos que normativizan, que confieren un determinado sentido o valor – disvalor- a la conducta lesiva⁵⁵, que es lo que la diferencia del delito común, aunque el resultado directo exterior sea el mismo.

Es notorio que los eventos externos cobran significado diferente en función de la posición del autor ante el hecho y del contexto que se construye o que se aprovecha. Así como el homicidio doloso adopta un significado no equiparable al homicidio imprudente, el homicidio doloso ejecutado para hacer propaganda de una causa y para introducir elementos de coacción a la colectividad, eleva el significado reprobable de la conducta, ante la comunidad y en relación a la propia víctima. En el homicidio doloso la víctima es objeto de un acto de sometimiento personal y social, en expresa negación de su dignidad y autonomía. En el homicidio imprudente, el fatal resultado es consecuencia de una desgraciada y reprobable falta de control del ámbito sobre el que se actúa, aunque el resultado mortal sea el mismo⁵⁶. Cuando la producción intencional de la muerte de otra persona se realiza, como es propio del terrorismo, para utilizarla como señuelo de intimidación colectiva, -o como sustitutivo del argumento para entablar

⁵² LAMARCA, C. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit. p. 707.

⁵³ LAMARCA, C. *Tratamiento jurídico del terrorismo*, cit. p. 77; EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo*, cit. p. 149.

⁵⁴ LUZÓN PEÑA, D. *Curso de derecho penal, Parte General I*, Madrid 1996, p. 395.

⁵⁵ Cfr. DIEZ RIPOLLES, J. L. *Los elementos subjetivos del injusto. Bases Metodológicas*, Valencia 1990, p. 73 s. 88 s.

⁵⁶ HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde, F., Madrid 1984, p. 277s.

conversación con los poderes públicos – la despersonalización de las víctimas “reducidas a símbolos o máscaras”, negadas como sujeto⁵⁷, alcanza un nivel de incompatibilidad con las reglas de juego de la convivencia que requiere ser trasladado al reproche de la conducta. La víctima atacada en sus derechos básicos, su muerte utilizada como mensaje de coacción, y a la vez como instrumento para la obtención de determinadas pretensiones políticas. Lo que en principio constituye un delito común de especial gravedad, se convierte en un delito que pone en peligro de forma constatable a la colectividad, que es destinataria del mensaje coercitivo con los efectos de incidencia en personas concretas de grupos más o menos amplios que restringirán la espontaneidad de sus movimientos y expresiones. Asimismo, la pretensión de incidencia política mediante semejante procedimiento significa una explícita negación de los mecanismos democráticos de representación política y de presentación de proyectos.

Trasladar estas dimensiones del significado del terrorismo al lenguaje técnico y frío del derecho no es sencillo. Los términos que se adopten deben sintetizar ese significado disvalioso, y hacerlo de forma acorde con las exigencias seguridad jurídica y con el sustrato valorativo que fundamenta la incriminación específica. En la contemplación de la estrategia terrorista que le dota de especial significación, las legislaciones acuden por lo general a la descripción de las finalidades que se concatenan en su actividad. La primera finalidad, en un primer nivel, viene constituida por el dolo directo del delito común. En el segundo nivel, la finalidad de atemorizar introduciendo un factor de coerción y consecuente limitación de la libertad de colectivos, personas o de la población en general. Es la finalidad inmediata o próxima, que se superpone al fin directo del delito común, realizado como *medio* para lograr el objetivo adicional⁵⁸. En el tercer o nivel, se sitúa la finalidad ulterior de pretensión de incidencia política.

Podríamos añadir una cuarta finalidad, que constituye el móvil originario de la conducta delictiva, que estaría cifrada en el concreto proyecto político con el que el sujeto activo o el grupo terrorista se identifica. Pero en este punto llegamos a los motivos, al móvil último de la conducta, que se convierte en el fin último, por lo general de remota consecución. A efectos jurídicos no interesa la naturaleza del móvil, porque en sí es indiferente para el reproche penal en un marco democrático, donde toda propuesta puede debatirse y confrontarse. El fundamento del desvalor jurídico-penal debe permanecer por ello en el uso del procedimiento violento – comisión de delitos de especial gravedad - para obtener un efecto político. Dejar fuera de consideración estos fines últimos, es obligado precisamente para desplazar la valoración sobre el interés o no del proyecto político concreto al espacio en que debe tener lugar el debate correspondiente.

En el actual código penal las finalidades de segundo y tercer nivel se insertan en la descripción típica de los delitos de terrorismo a través de la técnica de los elementos subjetivos de tendencia. No es necesario que se obtenga los fines pretendidos, - delitos de resultado cortado – pero sí que las circunstancias en que se realiza el delito permitan afirmar su idoneidad para facilitar dichos fines. Se trata de elementos “cargados”⁵⁹ de un patente significado expresivo de una realidad asociada al terrorismo: la verosimilitud de la afectación a bienes jurídicos distintos de los directamente conmovidos por el delito común: la paz pública, y el orden democrático de encauzamiento de los proyectos políticos (el orden constitucional). Bienes jurídicos supraindividuales cuya vigencia se pone en

⁵⁷ FERRAJOLI, L. “La violencia y la política” trad. Andrés Ibáñez, P. en PEREZ MARIÑO, V. (ed.) *Justicia y Delito*, Madrid 1982, p. 76.

⁵⁸ EBILE NSEFUM, J. *El delito de terrorismo*, cit, p. 135 diferencia tres niveles, considerando que el fin de atemorizar es parte integrante del dolo, como “medio” para el fin último de carácter político. HASSEMER, W. *Fundamentos del Derecho Penal*, cit. p. 278 se refiere a un “dolo ampliado”.

⁵⁹ La “carga semántica” con que la doctrina italiana se refiere a determinados elementos típicos que comportan de forma plausible la afectación a n peligro, como en los delitos de estragos o de incendios; Cfr. MENDEZ RODRIGUEZ, C. *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid 1993, p. 172

peligro mediante la actuación sistemática de la violencia planificada. Por ello los delitos de terrorismo tienen carácter pluriofensivo.

Los tipos de terrorismo quedan así constituidos como delitos mixtos en cuanto a los bienes jurídicos afectados, tipos que aunan lesión y peligro⁶⁰, lesión de un bien jurídico individual – vida, libertad, propiedad...etc.- y peligro para los bienes supraindividuales referidos. Respecto a éstos, se trata de peligro abstracto, fundado en la constatación general de la capacidad de la conducta para afectarlos. Lo cual significa que por el contexto, la dirección y orientación de los actos, la conducta debe poseer *ex ante* esa potencialidad para conmover las condiciones básicas de la paz pública o del orden constitucional⁶¹. En la actividad de los grupos terroristas o de los que con ellos colaboran, esta capacidad resulta consustancial a su forma de operar, que se inserta en su estrategia de reiteración delictiva como forma de presión y de amenaza. En supuestos de actuación individual – desvinculadas de un programa de coordinación con grupos organizados - la capacidad de unas amenazas simples, o de unos daños, (art. 577) para afectar gravemente a la paz pública puede ser discutible. No lo será si el sentido de la amenaza se dirige a reforzar el clima de intimidación generado por la actuación de grupos terroristas, en cuyo caso, los actos realizados de forma individual constituyen en realidad actos de colaboración con las finalidades del terrorismo⁶².

En un *derecho penal del hecho*, que rechaza la incriminación de pensamientos o de actitudes internas, el plano psicológico de las intenciones solo adquiere relevancia en cuanto conectado a una base empírica, real, a través de la que se exterioriza⁶³. Y esa base empírica, la clase de conducta en la situación concreta que se produce, debe ostentar la capacidad, idoneidad, para afectar los bienes jurídicos cuya conmoción define la modalidad típica correspondiente. Es el denominado “nexo de intermediación”⁶⁴ entre el tipo básico y la finalidad pretendida, de manera que sea verosímil la consecución de ésta a través de aquél. Por ello importa resaltar que no es suficiente constatar la intención en el plano psicológico interno del sujeto. La intención tiene que expresarse en las circunstancias externas de la conducta, de forma que sea verosímil la dirección lesiva hacia la afectación de los bienes jurídicos a los que implícitamente se refieren los elementos subjetivos típicos. La constatación de que se actúa con la finalidad de causar una grave alteración de la paz pública debe deducirse del contexto, sea por tratarse de actividades ordenadas desde un grupo terroristas, sea por los medios de especial contundencia lesiva y de peligro para la generalidad. La finalidad de subvertir el orden constitucional debe corresponderse con el sentido instrumental con que se realiza el delito, de forma que por su entidad o por las circunstancias en que se realiza, sea reconocible la pretensión de incidir o alterar procesos políticos o de decisión institucional. Este entendimiento restrictivo-teleológico de los elementos subjetivos del injusto, garantiza la contención de la tensión expansiva de éstos que puede derivar hacia connotaciones propias del repudiado “derecho penal del ánimo”, “derecho penal de autor”⁶⁵.

El problema de la técnica legal utilizada en el actual código deriva de la contemplación de ambas finalidades como elementos alternativos. La capacidad de afectar gravemente a la paz pública es el rasgo distintivo del terrorismo; la finalidad de incidencia política se encuentra en relación con la anterior. Parece

⁶⁰ Cfr. CORCOY BIDASOLO, M. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia 1999 p. 141, 245 s.

⁶¹ TORIO LOPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético(Contribución al estudio de los delitos de peligro abstracto)”, *Anuario de Derecho Penal* 1981, p. 837 ss.

⁶² Tipificados en el art. 577 dentro del llamado terrorismo periférico o terrorismo individual.

⁶³ Cfr. JAKOBS, G. “Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1985, 761 s. ;

⁶⁴ Como señala CORDOBA RODA, J. *Comentarios al código penal*, T. III, Madrid 1978, p. 655.

⁶⁵ Como se advierte por la doctrina. Cfr. PRATS CANUT, J.M., en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.) *Comentarios al Código penal. Parte Especial*, 2º ed. Pamplona 1999, p. 1624.; Sobre el peligro que conlleva el uso desmesurado de elementos de ánimo, ZAFFARONI, R. *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires 2000, p. 519.

que hubiera sido más razonable una tipificación del terrorismo que anudara ambos elementos como requisitos típicos complementarios. O en otro caso, que si no, que se hubiera ceñido a la finalidad de alteración grave de la paz pública.

Importa recordar que la concurrencia de algunas de esas dos "finalidades", se proyecta en la actualidad también fuera del campo del terrorismo, pero en previsión de su conexión con él, al delito de manifestación ilegal referido a la desobediencia a la prohibición administrativa de llevarla a cabo "siempre que con ello se pretendiera subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública". Aquí las finalidades transmutan la infracción administrativa en delito por concurrir el "ánimo tendencial" característico del terrorismo⁶⁶. La dimensión subjetiva, la tendencia, – de difícil averiguación sin un sustrato empírico correlativo- se configura como constitutiva del reproche penal, de lo que parece deducirse que es la afinidad ideológica con los fines del terrorismo lo que se castiga.

Por ello resulta de extrema importancia sentar con precisión el alcance de tales elementos finalísticos.

3. La finalidad de alteración grave de la paz pública.

En definición del Tribunal Constitucional, que luego se repite constantemente en la jurisprudencia, por alteración grave de la paz pública propia del terrorismo se entiende una "*situación de alarma o inseguridad social, como consecuencia del carácter sistemático, reiterado y muy frecuentemente indiscriminado de esta actividad delictiva*", y por la gravedad de los delitos y las características especialmente destructivas de los medios utilizados, idóneos para atemorizar a la población "*con tal intensidad, que pueda considerarse que se impide el normal ejercicio de los derechos fundamentales propios y la ordinaria y habitual convivencia ciudadana, lo que constituye uno de los presupuestos del orden político y de la paz social*". (STC 199/1987)

La gravedad del ataque a la paz pública debe entenderse como alteración de intensidad y características diferenciables de los "desórdenes públicos". El orden público se refiere a la tranquilidad en el desenvolvimiento de las actividades ordinarias en los espacios públicos; la paz pública implica a las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, a la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida. Alteraciones ocasionales de la tranquilidad en espacios determinados afectan al orden público, pero no alcanzan la capacidad de conmocionar de forma intensa y

⁶⁶ Art. 514,5 del c. p. conforme a la redacción introducida por la LO 2/1998 de 15 de junio. Ilustrativa, la Exposición de Motivos de la ley; el desencadenante de la reforma procede de las manifestaciones que se convierten en apología de Eta, que en aquel momento no eran constitutivas de delito salvo que constituyeran provocación directa a pasar a la acción. Con la LO 7/2000, se criminaliza la apología del terrorismo, por lo que las manifestaciones en lugares públicos "que tengan como fin" la apología quedan fuera de el ejercicio legítimo de reunión y manifestación y quedan tipificadas como delito del art. 513,1. Pero sustituir la finalidad de cometer un delito, aunque sea el de apología, por la de "subvertir el orden constitucional", es una huída hacia delante de difícil justificación. Obviamente la prohibición administrativa, como se recuerda en la propia Exposición de Motivos, sólo puede descansar en "razones fundadas de que pueden producirse alteraciones del orden público, con peligro para las personas o para los bienes". Peligro que puede deducirse de las características de la manifestación, y de la conjunción de circunstancias externas respecto al lugar, hora, proximidad a salidas de emergencia de hospitales, de espectáculos de afluencia masiva,... etc. Una suspensión con propuesta de aplazamiento de la convocatoria para evitar alteraciones de orden público, de ser desobedecida, ¿se convertiría en delictiva únicamente por "el ánimo tendencial" de ¿subvertir el orden constitucional?. La deriva hacia un derecho penal del ánimo que tiende a castigar más por lo que se piensa que por lo que se hace, –Gessinungsstrafe- aflora de forma patente en la actual redacción del art. 514,5.

prolongada la paz pública. En cuanto al proteico significado de la “alarma social”, no puede servir para dar cuenta de la especificada del terrorismo, dada su extrema imprecisión y uso generalizado para designar estados de emotivos de indignación o consternación como de temor real a la proliferación de casi cualquier clase de delitos. La alteración de la paz jurídica remite a una situación constatable de constricción de la libertad que se produce en relación a personas o colectivos más o menos amplios, hostigados por la amenaza de persecución, que puede afectar asimismo a la población en general.

La pretensión de generar un clima de atemorización, de restricción grave de la libertad por el miedo a resultar víctima de atentados, selectivos o indiscriminados, es la característica más expresiva de la estrategia terrorista; sin esta dimensión de producción de “terror” no puede hablarse en puridad de terrorismo. La existencia de una estructura organizativa dedicada a la reiteración delictiva potencia su capacidad criminal, y dota a cada delito singular de un efecto comunicativo adicional de su presencia amenazante que se prolonga en el tiempo. Efecto de intimidación sobre la población que percibe fundamentalmente el riesgo de convertirse en víctima vulnerable de un terrorismo ubicuo y de aparición inopinada. Cada delito singular cometido en este contexto, encierra por ello un *plus* de significado disvalioso que justifica su tratamiento punitivo agravado, en correlación con la pluralidad de los bienes jurídicos afectados: no solo la vida o la libertad de quienes resultan sus víctimas individualizadas, sino también la libertad de destinatarios indeterminados, tendencialmente colectivos definidos, o la población en general, que se ve afectada por la quiebra traumática de las expectativas de seguridad en la vida cotidiana. La “paz pública”, bien jurídico supraindividual, opera como concepto que sintetiza las condiciones básicas de seguridad y libertad de la población en general, o de grupos de personas más o menos indeterminadas afectadas de forma más intensa por el mensaje coercitivo.

La referencia a la finalidad de “atemorizar a los habitantes de una población” aparecía ya en la ley de defensa de la República de 11 de octubre de 1934, que algunos consideran que fue la primera ley antiterrorista en nuestro país, aunque no se utilizara tal nombre⁶⁷. El código penal de 1944, bajo el título “De los delitos de terrorismo y explosivos” recogía en el art. 260 el terrorismo contra “la seguridad del estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público”, finalidades cargadas de connotación política en un régimen que proscibía cualquier cuestionamiento de sus presupuestos monolíticos. Pero a continuación, en el art. 262 se recogía otra modalidad típica más próxima a aquella plasmada en la ley republicana de 1934 subrayando el efecto intimidante colectivo: “al que con propósito de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o de realizar venganzas o represalias, de carácter social o político...”. Formulación que autores como JIMÉNEZ DE ASUA y QUINTANO RIPOLLES, coincidían en alabar como acertada conceptualización del terrorismo⁶⁸. Finalidad de “intimidar gravemente a una población” que caracteriza también la reciente definición europea de terrorismo, antes aludida.

Constatada la finalidad de alterar la paz pública, no es necesario indagar sobre la pretensión de “subvertir e orden constitucional”, lo cual ha sido bien recibido por la doctrina por lo que supone de eliminación de “connotaciones políticas”⁶⁹. Ciertamente en la mayoría de los supuestos será suficiente, pero dado que el tenor legal alude de forma alternativa a ambas finalidades, puede ocurrir lo contrario: que pese a la ausencia de finalidad de alterar la paz pública, pueda tipificarse como terrorista un delito por su pretensión de “subvertir el orden constitucional”. A ello me referiré en el siguiente apartado.

⁶⁷ LAMARCA, C. *Sobre el concepto jurídico de terrorismo*, cit, p. 120. En el art. 1 se recogía también la finalidad de “perturbar el orden público” o de “realizar alguna venganza de carácter social”. En el código penal de 1944

⁶⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, L. *Tratado de Derecho Penal*, III, cit. p. 238; QUINTANO RIPOLLES, A., *Tratado de la parte especial del derecho penal* IV, Madrid 1968, p. 71.

⁶⁹ MUÑOZ CONDE, F. *Derecho Penal. Parte Especial*, 14ª ed. Valencia 2002, p. 867. ; LOPEZ GARRIDO, D. /GARCIA ARAN, M. *El código penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Madrid 1996, 204.

Con esta formulación alternativa podrán tipificarse como terrorismo los delitos cometidos sin finalidad, política, pero dirigidos a causar una intensa perturbación de la paz social, por ejemplo mediante el hostigamiento violento de sectores de la población (delincuencia violenta organizada, sea de inspiración mafiosa, xenófoba, religiosa). En estos casos, si además concurre una organización armada estable que coordina la actuación delictiva, no debiera haber reparos a su calificación como terrorismo. Es evidente que históricamente el fenómeno del terrorismo se ha asociado a la *lucha política* mediante la violencia organizada, pero también es cierto que la evolución del concepto de terrorismo revela un paulatino desplazamiento del protagonismo de los fines políticos, para situar como rasgo central la capacidad de atemorización extrema, y la existencia de una “organización armada”. La creciente preocupación por las distintas formas de criminalidad organizada transnacional, consolida en la actualidad el cambio de signo. El terrorismo es una modalidad de criminalidad organizada de extrema violencia. El dato de la “organización” y de la “violencia” desplazan así el papel que tradicionalmente desempeñaba la motivación política subyacente⁷⁰, lo que a mi juicio es un avance si nos referimos al contexto de sistemas democráticos.

Señalemos no obstante una paradoja. Conforme al código penal vigente, pueden definirse como terroristas actuaciones organizadas de violencia contra la población carentes de finalidad política, pero también los actos de violencia de menor entidad que no comporten grave alteración a la paz pública, pero que estén animados por la finalidad de subversión constitucional. Elemento que debe reconducirse a términos más estrictos de lo que una primera aproximación gramatical pudiera dar a entender.

3. Subvertir el orden constitucional: pretensión de alterar los mecanismos democráticos.

Tal como importantes sectores de la doctrina penal venían proponiendo, se introduce la perspectiva finalística de subversión del orden constitucional⁷¹, enunciación más amplia que la referida a la subversión del “orden democrático”, mediante la que se ajustaría mejor el sentido del reproche que vehicula la fórmula: alteración de los procedimientos dispuestos en la sociedad democrática para la resolución de conflictos y controversia,⁷² pretensión de incidir en tales procesos mediante el estrépito de la secuencia de crímenes.

El vocablo “subvertir” apela a la modificación o alteración por medios ilegítimos; en el terrorismo, el medio ilegítimo es la reiteración delictiva como medio de atemorización, instrumental ésta a su vez para la presión política. Es la subversión del procedimiento lo decisivo, y no el fin último que

⁷⁰ El problema, desde una preocupación garantista, que alerta sobre la tendencia expansiva de disposiciones especiales al límite de los principios del estado de derecho, no es tanto – aunque también- el peligro de expansión del concepto de terrorismo para absorber la delincuencia común de carácter violento, sino el de la contaminación hacia el espacio de la delincuencia común de las medias específicas que viene adoptándose contra la “criminalidad organizada” de especial potencia criminógena. Cfr. SÁNCHEZ GARCIA DE PAZ, I. “Función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, I, Cuenca 2001, p. 647 ss.

⁷¹ ARROYO, L. “La reforma de los delitos de rebelión y de terrorismo por la Ley Orgánica 2/1981 de 4 de mayo”, *Cuadernos de Política Criminal* 1981 15, p 406. ; GARCIA PABLOS, A. “Delitos cometidos por los particulares con ocasión de l ejercicio de los derechos reconocidos en las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas y grupos armados terroristas”, en sus *Estudios penales*, Madrid 1984, p. 352.

⁷² CANCIO MELIA, M., en RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (ed.) *Comentarios al código penal*, Madrid 1997, p. 1385.

remite a un determinado proyecto o reivindicación política. Reivindicación o programa que puede ser, o no, conforme a la Constitución, que puede consistir en impedir una reivindicación legítima de otros ciudadanos, lo cual a efectos de la calificación penal como terrorismo sería indiferente, aunque pueda ser tipificado conforme a otro precepto del propio código penal.

La finalidad de “subversión del orden constitucional” debe entenderse desde los parámetros del orden democrático, que afortunadamente es en el que nos movemos. No se trata de reprobación la pretensión de alterar el orden constitucional dado en un momento histórico, que no es estático e inamovible, sino la pretensión de alterar mediante el terror los *procedimientos* de participación política y de propuesta de proyectos de transformación de la organización institucional o de la distribución del poder. La reforma constitucional viene expresamente contemplada en los arts. 166 y ss de la Carta Magna. Por ejemplo, propuestas que sin duda tiene fuerte calado institucional, como propugnar la fórmula republicana como alternativa a la monarquía, o la articulación de un modelo federal que sustituya el régimen de las autonomías, o la desaparición del ejército nacional, o la independencia de un territorio, sea Ceuta o Melilla, o sea el País Vasco, no son propuestas incompatibles con la democracia⁷³, ni pueden considerarse excluidas del procedimiento de reforma constitucional. El debate sobre su oportunidad política o el grado de apoyo o rechazo que susciten, es cuestión a tratar por los cauces democráticos pertinentes. Resulta más ajustado a los parámetros democráticos entender que la finalidad de subversión constitucional remite únicamente a la intención plausible de alteración, mediante la violencia, de las reglas de juego que consagran la “exclusividad del método democrático como única forma legítima de adopción de las decisiones colectivas y de participación del poder”⁷⁴.

Si se entendiera que lo que aporta un desvalor jurídico-penal específico es la pretensión de subvertir el “orden jurídico-político vigente”, tenemos la confusión servida, y de nuevo abierto el filón del argumento de la represión política como reclamo de empatía con el terrorismo. Todavía hoy se puede leer en algún comentarista que el orden constitucional se cifra en “la indisoluble unidad de la Nación española (en que la Constitución se fundamenta) y el Estado social democrático (en que España se constituye)”⁷⁵. La confusión no puede considerarse superada, ni en los ámbitos donde el terrorismo la fomenta en su beneficio, ni en algún sector minoritario de la doctrina⁷⁶. En la jurisprudencia de la dos últimas décadas⁷⁷ la alusión a la

⁷³ Cfr. TEDH, sentencia de 9de abril de 2002 en el caso *Yazar, Karatas, Aksoy y el partido de trabajo del pueblo (HEP) contra Turquía*, en la que se declara que la disolución por el Tribunal Constitucional de Turquía del partido recurrente viola el art. 11 de la Convención europea de Derechos Humanos, por falta de prueba suficiente sobre el apoyo de dicho partido al uso de la violencia. Interesan los argumentos del Tribunal respecto a la defensa del derecho de autodeterminación por el partido afectado(HEP) : Cfr. párrafos n. 56., 57, y 58 de la sentencia. En ellos se declara que propugnar el derecho a la autodeterminación, como tal, no es incompatible con los principios fundamentales de la democracia; de prohibirse tales reclamaciones a un partido político por considerar que con ellos se apoyan los actos de terrorismo de los grupos que los practican por la misma causa, “se disminuirían las posibilidades de tratar tales cuestiones en el marco de un debate democrático, lo que permitiría a los movimientos armados monopolizar la defensa de esos principios, lo que estaría fuertemente en contradicción con el espíritu del art. 11 y con los principios democráticos en que se funda”(n. 58)

⁷⁴ LAMARCA, C. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Madrid 1993,p. 707.

⁷⁵ GOMEZ CALERO, J. “Delitos de terrorismo” en p 269, en COBO DEL ROSAL (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ (coord..) *Comentarios a la legislación penal*, t. XI, Madrid 1990, p. 269.

⁷⁶ Confusión en la que creo incurre MARTINEZ CARDOS cuando rechaza la referencia al orden democrático” y mantiene la preferencia por la fórmula del “orden constitucional” porque sería absurdo negar el carácter terrorista del asesinato de Carrero Blanco por Eta, y afirmar tal carácter en los atentados contra autoridades cometidos por grupos terroristas una instaurada la democracia. Pero entonces el acento se sitúa en la finalidad del cambio político y no en el método utilizado para conseguirlo. En las dictaduras esta diferenciación resulta imposible. No significa que los actos de Eta no fueran terroristas en aquella época si partimos de que lo decisivo es la estrategia de atemorizar a sectores de la población mediante la violencia.

finalidad del terrorismo ha sido más bien retórica y general, en primer lugar porque el tenor legal no requería tal indagación, y en segundo lugar porque en relación a Eta o a otros grupos terroristas de clara inspiración política, no resultaba problemático su confirmación.

El problema se produjo con motivo del enjuiciamiento a los fundadores de los “Grupos antiterroristas de liberación” (Gal). El tenor legal no exigía constatación de finalidad política o de subversión democrática, pero ésta venía señalada como requisito subjetivo en la construcción jurisprudencial del concepto de terrorismo; apelando a este elemento la Audiencia Nacional argumenta la negativa a tipificar los hechos como terrorismo en que “no se advierte que los procesados pretendieran destruir el orden democrático ni a sustituir la forma de gobierno [...] sino a mantener la estabilidad del sistema si bien por métodos repudiables [...]” (S. AN 20.9.1991, n. 30/1991). La réplica se produjo desde la propia jurisprudencia, que manifiesta especial interés en rechazar la anterior interpretación: “*No cabe distinguir entre “terrorismos” y dar pábulo a una eventual benevolencia de trato a fines supuestamente “justicieros”, por lo que es absolutamente inadmisibles y por ello esta Sala subraya con toda energía que tanto atenta contra el Estado democrático de derecho una como otra forma de terrorismo [...] desestabiliza con la misma intensidad el sistema la comisión seriada de atentados y crímenes encaminados a sembrar el terror, como los actos que tratan de enviar un mensaje de insuficiencia de medios legales para evitar aquéllos*” (STS 25.1.1993 n. 33/1993 y STS 14.12.1993 n. 2838/1993)⁷⁸.

Como resalta LAMARCA, la finalidad subversiva contraria a la Constitución es independiente del programa político que defienda el grupo terrorista, sea un proyecto transformador, revolucionario, o contra-revolucionario, contra-terrorista, o que usa la violencia como obstáculo para el cambio legítimo en una sociedad democrática⁷⁹.

La exigencia de “relación de inmediatez” entre la finalidad y las características concretas del delito animado por ella, debe operar como criterio restrictivo en los supuestos en que la conducta básica no tenga entidad para afectar de forma sensible los procedimientos democráticos. Esta comprobación no es necesaria cuando concurra el peligro de afectación a la condiciones básica que sustentan la paz pública, en concordancia con el propósito del autor. Pero cuanto menor sea la entidad de los actos delictivos y más alejados se encuentren sus autores de la estructura o programa de coordinación de una organización terrorista, la comprobación de este requisito se convierte en decisivo para la tipificación del hecho como delito común o como terrorismo. Debe evitarse que un entendimiento formalista, alejado de su fundamento material, convierta el elemento subjetivo en constitutivo de la calificación típica, desnaturalizando el

⁷⁷ La comprobación de la finalidad política sí resultaba decisiva para la aplicación de los beneficios de la Segunda Ley de Amnistía de la transición hacia la democracia (L 46/1977 de 15 de octubre). Recuérdese el *caso Bultó*, asesinato cometido por integrantes del grupo *Terra Lliure* a los que el TS deniega la aplicación de los efectos de la amnistía por considerar que no estaba suficientemente probado que concurriera la intencionalidad política a que la ley se refería (que. Cfr. HIGUERA GUIMERA, J. F. “Estudio del a sentencia del tribunal Supremo de 28 de febrero de 1978: el concepto de delito político”, *Anuario de Derecho Penal* 1978. p. 453ss. [el art. 1 de la ley 44/1977 amnistiaba a) todos los delitos de intencionalidad política anteriores al 15. 12. 1976; b) todos los actos de la misma naturaleza realizados entre 15. 12. 1976 y el 15. 7. 1977 “cuando en la intencionalidad política se aprecie además un móvil de restablecimiento de las libertades públicas o de reivindicación de las autonomías de los pueblos de España” ; c) los de la misma naturaleza que el supuesto anterior, cometidos hasta el 6. 10. 1977 siempre que no hubieran supuesto violencia grave contra la vida o la integridad de las personas”]

⁷⁸ Salvo algunas de las primeras sentencias sobre el Gal en las que se aplicaron las previsiones sobre el terrorismo, en las posteriores se ha rechazado hasta ahora la calificación de “grupo terrorista” aduciendo la insuficiente base probatoria respecto al carácter estable de la organización. Sobre esta cuestión, Cfr. PORTILLA CONTRERAS, G, “Terrorismo del Estado: los grupos antiterroristas de liberación (G.A.L.)” en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam* Vol. II, Cuenca 2001, p. 501s.

⁷⁹ LAMARCA, C. *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, cit. p. 707.

significado de gravedad que es inherente al terrorismo. De nuevo, los problemas pueden surgir alrededor de la aplicación del art. 577. Una detención ilegal para forzar una negociación con los poderes públicos, o para la adopción de una decisión determinada, contiene la finalidad de alterar un procedimiento institucional de decisión, pero falta en este hecho la orientación sistemática al uso de la violencia como método distintivo de lo que fenomenológicamente se entiende por terrorismo.