

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CP)

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

Carmen González Vaz

Dirigida por

Dra. Dña. Carmen Armendáriz León

Dr. D. Juan Carlos Ferré Olivé

Madrid, 2020

©Carmen González Vaz, 2020

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

Carmen González Vaz

Dirigida por

Dra. Dña. Carmen Armendáriz León

Dr. D. Juan Carlos Ferré Olivé

Tesis que para obtener el título de Doctor en Derecho
presenta Dña. Carmen González Vaz,
bajo la dirección de los doctores. Dña. Carmen Armendáriz León y
D. Juan Carlos Ferré Olivé

Madrid, 2020

A mis Maestros, que siempre creyeron en mí
A mis padres, por su apoyo incondicional
A Javi, por ser cada día mi principal motivo para superarme

Al saber le llaman suerte

“Cuando emprendas tu viaje a Ítaca
pide que el camino sea largo,
lleno de aventuras, lleno de experiencias”

- Ítaca – C. Kavafis

ABREVIATURAS

3J	Atentado del 3 de junio de 2017 (Londres)
7J	Atentado del 7 de Julio de 2005 (Londres)
11M	Atentado del 11 de Marzo de 2004 (Madrid)
11S	Atentado del 11 de septiembre de 2001 (Nueva York)
13N	Atentado del 13 de Noviembre de 2015 (París)
14J	Atentado del 14 de Julio de 2016 (Niza)
17A	Atentado del 17 de Agosto de 2017 (Barcelona)
19D	Atentado del 19 de diciembre de 2016 (Berlín)
22M	Atentado del 22 de Marzo de 2016 (Bruselas)
7J	Atentado del 7 de Julio (Londres)
AN	Audiencia Nacional
AQ	AL-QAEDA
AQMI	Al Qaeda en el Magreb Islámico
Art. /Arts.	Artículo / Artículo
BR	Brigatte Rosse
CCT	Comité Contra el Terrorismo
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CGPD	Consejo General del Poder Judicial
Coord. / Coords.	Coordinador / Coordinadores
CP	Código Penal
CP'78	Código Penal de 1978
DAESH / ISIS / ISIL	Estado Islámico
Dir. / Dirs.	Director / Directores
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.	Editorial
EEUU	Estados Unidos de América
ETA	Euskadi Ta Askatasuna
Etc /etc	Etcétera
F.J. /FF. JJ.	Fundamento Jurídico / Fundamentos Jurídicos

Fasc.	Fascículo
FFCCS	Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado
IRA	Irish Republican Army
LECrim	Ley de Enjuiciamiento criminal
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
n.	Número
OACDH	Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Op. Cit.	Obra citada
p. / pp.	Página / Páginas
RAE	Real Academia Española de la Lengua
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SN	Sociedad de Naciones
Ss	Siguientes
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunale di cassazione (Tribunal de Casación italiano)
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUN	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Trad. / Trads.	Traductor / Traductores
UCM	Universidad Complutense de Madrid
UE	Unión Europea
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

ÍNDICE DE CONTENIDOS

RESUMEN	11
ABSTRACT	17
BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA DESTACADA.....	23
INTRODUCCIÓN.....	31
CAPÍTULO I. ORÍGENES DEL TERRORISMO Y POLÍTICA CRIMINAL. CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA NUEVA TENDENCIA PENAL.....	35
I. INTRODUCCIÓN. LA TEORÍA DE LAS OLEADAS DEL TERRORISMO DE RAPOPORT.....	37
1. La primera oleada: el terrorismo anarquista	39
2. La segunda oleada: el anticolonialismo	42
3. La tercera oleada: la nueva izquierda. Un especial análisis del terrorismo de ETA en España	45
3.1. Los Montoneros. El resurgir del terrorismo anarquista y el uso de la “guerrilla”	46
3.2. El terrorismo de IRA en Irlanda del Norte, la lucha contra el terrorismo en Reino Unido.....	48
3.3. “Le Brigate Rosse” y el resurgir de las bandas terroristas de corte anarquistas	54
3.3.1. El origen y desarrollo de “le Brigate Rosse”	54
3.3.2. Combatir el fuego con el fuego: la controvertida legislación premial de los llamados “pentiti”	59
3.4. ETA: la lacra de la democracia española.....	64
4. La cuarta Oleada: DAESH, un nuevo paradigma	69
4.1. AL-QAEDA.....	70
4.2. DAESH.....	71
II. REALIDAD DEL FENÓMENO TERRORISTA ACTUAL. DAESH Y SU PECULIAR MODELO Y NATURALEZA.....	75
1. El perfil del radicalizado.....	77
2. Medios de radicalización. Internet como nueva plataforma de adoctrinamiento	79
2.1. Las revistas online. Dabiq y Rumiya.....	80
2.2. Propaganda visual.....	82
2.3. Redes Sociales: el novedoso “centro” de propaganda y de radicalización..	83
III. POLÍTICA CRIMINAL Y TERRORISMO. UNA APROXIMACIÓN A LA ACTUAL TENDENCIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU EFECTO EN EL SISTEMA PENAL.....	85

1. Derecho Penal de Garantías y Derecho Penal del Enemigo	85
1.1. El principio de legalidad.....	88
1.2. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos	92
1.2.1. Una aproximación a la crisis de la teoría del bien jurídico	93
1.3. El principio de intervención mínima	100
1.4. El principio de personalidad y proporcionalidad de las penas	102
2. La realidad actual y su influencia en la política criminal	104
2.1. Nuevas formas de interacción, las consecuencias de la globalización	104
2.2. Una sociedad amedrentada. El tradicional binomio seguridad-derechos ..	106
2.2.1. Criminalidad transnacional.....	107
2.2.2. Imperceptibilidad de la comisión de ciertos tipos de crímenes	108
2.2.3. El papel de los medios de comunicación y el alcance de la información en un mundo hiperconectado	109
2.2.4. La administrativización del Derecho Penal	114
2.2.5. La anticipación de las barreras de punibilidad	116
2.2.6. El resurgir punitivista y la falta de confianza en la capacidad de resocialización de la pena	117
2.2.6.1. La crisis del principio de proporcionalidad de las penas. Breve apunte.....	118
2.2.7. La inobservancia de los principios garantistas y las políticas criminales abusivas. La teoría de “Broken Windows” y su similitud con la realidad actual	122
2.2.8. Alternativas para conciliar las garantías y los desafíos del siglo XXI	124
2.2.8.1. El crimen como asunto bélico	127
IV. NUEVAS TENDENCIAS Y SU DIFÍCIL CONCILIACIÓN CON EL DERECHO PENAL DE GARANTÍAS	130
1. Una aproximación al Derecho Penal del Enemigo	130
1.1. Similitudes del Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal autoritario	131
1.2. Análisis del Enemigo. Concepto, naturaleza y fundamento	135
1.3. El Derecho Penal del Enemigo y su presencia en las legislaciones penales actuales. ¿Un paso atrás para la democracia?.....	140
V. ACTUAL PANORAMA NORMATIVO	140
1. El delito de autoadoctrinamiento. Algunas notas	141
CAPÍTULO II. MARCO JURÍDICO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL	147
I. INTRODUCCIÓN.....	149
II. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS MECANISMOS UNIVERSALES PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO. LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO INTERNACIONAL DE TERRORISMO.....	150
1. El origen de los mecanismos legales a nivel universal contra el terrorismo: la Convención contra el Terrorismo de 1937 de la Sociedad de Naciones	150

2. El sistema legal antiterrorista actual de Naciones Unidas	152
2.1. Proyecto de la <i>Convención sobre Terrorismo</i> : a la búsqueda de un concepto unitario de “terrorismo”	153
2.2. La Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas	156
2.3. El Comité Contra el Terrorismo: estructura y funciones.....	159
3. El sistema legal de Naciones Unidas para la lucha contra la radicalización y el extremismo violento	161
3.1. La Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad	161
3.2. Estrategia Global contra el Terrorismo y el Plan de Prevención del Extremismo Violento.....	164
III. LA UNIÓN EUROPEA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO A NIVEL REGIONAL	167
1. La estrategia general contra el terrorismo.....	167
2. El marco normativo antiterrorismo europeo.....	169
2.1. La Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo.....	169
2.2. La Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Un cambio de giro en la legislación de la Unión Europea para la lucha contra el terrorismo	172
IV. LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA NACIONAL. DESDE LAS LEYES ANTITERRORISTAS DE LA DICTADURA FRANQUISTA HASTA LA REFORMA DEL AÑO 2015 DEL CÓDIGO PENAL	176
1. Regulación histórica de la normativa antiterrorista: desde la dictadura hasta el Código Penal de 1995	176
CAPÍTULO III. EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA (ART. 575.2 CP)	189
I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE ADOCTRINAMIENTO Y RADICALIZACIÓN TERRORISTA.....	191
1. Delitos contra el orden público del Título XXII.....	194
1.1. El Orden Público como bien jurídico protegido	200
2. Conceptos afines	210
II. ORDEN PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO EN EL TÍTULO XXII	218
1. Introducción. Una aproximación del concepto de orden público en relación con el Título XXII	218

2. El concepto de orden público en los delitos de organización criminal y terrorista	226
III. DELITOS DE TERRORISMO Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	229
1. ¿Es el orden público el bien jurídico protegido en los delitos de pertenencia a organización terrorista y en los delitos de terrorismo?	229
2. Los delitos de naturaleza terrorista como delitos pluriofensivos.....	232
IV. EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO Y EL DESAFÍO DE SU CONJUNCIÓN CON EL DERECHO PENAL DE GARANTÍAS: NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL DEL S.XXI	234
1. El Derecho Penal de Garantías. Puesta en contexto	234
2. El bien jurídico protegido del delito de autoadocctrinamiento: ¿Eventual compatibilidad?.....	236
3. La vigencia de la norma como función del Derecho Penal. La quiebra del principio de exclusiva protección del bien jurídico	243
CAPÍTULO IV. EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA.....	249
I. TIPO OBJETIVO.....	251
1. Introducción.....	251
2. Las conductas delictivas: posesión de contenido terrorista y acceso a portales webs de tal contenido.....	255
2.1. La conducta de posesión. Una aproximación al concepto de posesión penal desde los delitos de posesión de pornografía infantil y tenencia ilícita de drogas	256
2.2. La conducta de acceso	262
2.3. La capacitación como finalidad de las conductas de posesión y acceso. La diferenciación de los actos preparatorios punibles y los actos de ejecución....	266
3. Conclusión. Razones para rechazar las conductas de posesión y acceso como tipos penales.....	270
II. UNA APROXIMACIÓN A LA EXPRESIÓN “DE FORMA HABITUAL”	277
1. Introducción.....	277
2. El delito de autoadocctrinamiento como delito continuado	278
III. REFERENCIA A LOS CONTENIDOS QUE “ESTÉN DIRIGIDOS O RESULTEN IDÓNEOS PARA INCITAR A LA INCORPORACIÓN A UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA O PARA COLABORAR EN SUS	

FINES”. UNA APROXIMACIÓN A LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y AL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD.....	283
1. Breve referencia a la expresión “idoneidad para incitar”	283
2. Jaque al principio de taxatividad y al principio de seguridad jurídica.....	287
IV. EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL HECHO. ¿LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE AUTOR?	293
1. Introducción.....	293
2. El principio del hecho y su crisis. La irrupción del Derecho Penal de Autor en nuestro Derecho Penal	294
2.1. Derecho Penal del Hecho. Base del Estado de Derecho.....	294
2.2. Derecho Penal de Autor. ¿El pensamiento no delinque?.....	296
CAPÍTULO V. SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA.....	317
I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.....	319
II. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA.....	320
1. Introducción.....	320
2. Delito común con tendencia a la sospecha. La identificación del radical como enemigo.....	321
III. EL SUJETO PASIVO: ¿LA COLECTIVIDAD DE LA SOCIEDAD O EL PROPIO ESTADO Y SUS INSTITUCIONES?	328
1. Visión general. La dificultad de la identificación del sujeto pasivo en los delitos de bienes jurídicos colectivos	328
1.1. La colectividad de la sociedad como sujeto pasivo de la conducta de autoadoctrinamiento terrorista.....	330
1.2. El estado y sus instituciones como sujeto pasivo de la conducta de autoadoctrinamiento terrorista.....	332
CAPÍTULO VI. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA.....	337
I. INTRODUCCIÓN. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO	339
II. LA FUNCIÓN DEL DOLO EN EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA.....	341
1. Introducción. Breve aproximación al concepto de dolo. Dolo natural: concepto y contenido.....	341

2. El dolo y el delito de autoadoctrinamiento	345
III. PRIMER ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA: EL DOLO DE CAPACITARSE	
.....	347
1. Introducción. Algunas contradicciones a raíz de la actual interpretación del término “capacitación”	347
2. Breve aproximación al derecho de libertad de conciencia, de pensamiento y de religión (art. 16 CE).....	354
2.1. Concepto y contenido del derecho del art. 16 CE	354
3. La presunción de capacitación y el derecho de presunción de inocencia.....	368
3.1. Introducción.....	368
3.2. El contenido del derecho a la presunción de inocencia. Luces y sombras del delito de “autoadoctrinamiento” terrorista: la contraposición de los términos “adoctrinamiento” y “capacitación”	370
3.2. Análisis jurisprudencial del delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). Las dificultades de su aplicabilidad desde un punto de vista garantista	378
3.3. Una propuesta de <i>nomen iuris</i> : el delito de “autocapacitación”	385
IV. SEGUNDO ELEMENTO SUBJETIVO: EL DOLO DE “COMETER DELITOS COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO”.....	386
1. Introducción.....	386
2. Los delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Código penal y su compatibilidad con la capacitación exigida	387
V. EL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CP).....	407
1. Introducción. El error de tipo en el Ordenamiento Jurídico español	407
2. ¿Cabe el error de tipo en el delito de autocapacitación terrorista? Estudio de su contenido y sus posibles consecuencias.....	409
2.1. Error en la conducta típica: el acceso habitual y la posesión	409
2.2. Error en el objeto material del delito: el contenido de naturaleza terrorista que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”	411
3. Consecuencias jurídicas del error de tipo en el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)	413
CAPÍTULO VII. LA ANTIJURICIDAD PENAL EN EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CP). LA	

INTERPRETACIÓN DE LA RADICALIZACIÓN COMO EVENTUAL CAUSA DE JUSTIFICACIÓN	421
I. INTRODUCCIÓN.....	423
II. UNA APROXIMACIÓN A LA ANTIJURICIDAD.....	425
1. Introducción	425
2. Causas de justificación.....	426
III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA EVENTUAL JUSTIFICACIÓN DEL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN	427
IV. EJERCICIO DE UN DERECHO Y EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN	428
1. Introducción	428
2. Derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE).....	431
2.1. Introducción. La configuración de los Derechos Fundamentales.....	431
2.2. Contenido del derecho de libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE).....	433
3. Autoacapitación y el derecho a la libertad de conciencia. ¿Eventual compatibilidad como manifestación del derecho del art. 16 CE?.....	436
3.1. Los conceptos de adoctrinamiento y radicalización. ¿Ideas o exceso?	437
4. Las obligaciones del Estado frente al ejercicio de las libertades del art. 16 CE. especial referencia a los principios de la Responsabilidad por el Hecho y el de laicidad del Estado	439
4.1. El pensamiento no delinque y el principio de la responsabilidad por el hecho	439
4.2. Principio de laicidad	446
5. ¿Puede considerarse la conducta de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP como un ejercicio de derecho justificante?	449
CONCLUSIONES	455
CONCLUSIONI.....	469
BIBLIOGRAFÍA	483
JURISPRUDENCIA.....	541
LEGISLACIÓN CONSULTADA	549
RECURSOS WEB CONSULTADOS.....	555

RESUMEN

El delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP)

PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo analiza la figura del delito de autoadocctrinamiento terrorista, también conocido como “delito de autocapacitación terrorista” (art. 575.2 del Código Penal).

Se trata de un tema de gran actualidad debido a los recientes ataques del nuevo fenómeno terrorista y por su novedosa introducción en el Código Penal bajo la reforma producida por la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo (en adelante LO). Debido a su corto tiempo en vigor y su escasa trayectoria en los tribunales españoles, no existe una amplia bibliografía al respecto, especialmente en el campo penal (excepto algún trabajo con escasas referencias). Hasta la fecha la doctrina penal no se ha decantado por el estudio de este tipo de conductas, siendo más estudiado por otras ramas del conocimiento, especialmente por la criminología y la psicología. La ausencia de estudios a este respecto deja en desventaja y vulnerabilidad al propio Estado de Derecho, ya que con el injusto ante el que nos encontramos contradice gran parte de los principios y valores democráticos, esenciales para el mantenimiento y supervivencia del Estado de Derecho. La doctrina científica, desde que se incluyó esta conducta ilícita en el elenco penal, se ha concentrado en otro tipo de delitos, especialmente relacionados con la financiación de estas organizaciones terroristas y con los delitos de odio vinculados a esta naturaleza. Aunque estos estudios son necesarios y bastante convenientes para entender el delito de autoadocctrinamiento terrorista resulta imprescindible un estudio profundo de esta conducta y determinar, de este modo, en qué nivel de calidad se encuentra el Estado de Derecho en la actualidad.

A esta ausencia de bibliografía se le une el poco recorrido que ha protagonizado esta conducta en los tribunales estatales, contando, solamente, con un total de seis sentencias hasta la fecha (20/08/2019). En esta doctrina, como ya se advertirá en el transcurso de la presente tesis, existen ya contradicciones que ponen de manifiesto la dificultad de encaje de esta conducta con los principios político-criminales y la integridad de los Derechos Fundamentales y de las garantías fundamentales.

Las justificaciones no son pocas, aunque la principal radica en el nuevo modelo de delitos pseudo-orwellianos que comienzan a introducirse en el Ordenamiento Jurídico penal a nivel nacional e internacional.

La laguna doctrinal y jurisprudencial da lugar a una gran inseguridad jurídica, provocando, a su vez, ignorancia a la hora de aplicar este delito de forma correcta y, además, menos lesiva con los Derechos Fundamentales, tratando siempre de preservar las bases democráticas. No solamente se fundamenta este estudio en señalar las carencias, que no son pocas, de este nuevo ilícito, sino, además, se pretende arrojar luz al modo en el que se deberá proceder a la hora de aplicar el precepto y, si este, en realidad, merece permanecer en el Código Penal español.

De este estudio, a su vez, han surgido distintas cuestiones, las cuales no podrían haber sido resueltas sin haber acudido y consultado otras ramas del Derecho, entre las que se destacarán principalmente, el Derecho Procesal, el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, entre otros. Esta dificultad añadida se ha visto reflejada en que, incluso dentro de la disciplina del Derecho Penal, se ha debido recurrir a la comparación con otras conductas ilícitas que, aunque no fueran idénticas, guardaban similitudes bastante útiles a la hora de su análisis.

Asimismo, no se trata de un delito que solo se configure en nuestro sistema penal sino que el fenómeno resulta aun más preocupante. Al tratarse de una amenaza global, la tipificación no viene determinada por la resolución del legislador español, sino que ya existen tratados internacionales y regionales que animan a los Estados a colaborar entre ellos y a registrar este tipo de conductas en sus Ordenamientos Jurídicos. Aunque se tendrá que atender a determinadas particularidades propias de la misma idiosincrasia de cada Estado en concreto, se puede decir que, al menos el núcleo básico, resulta idéntico en el resto de legislaciones estatales. De este modo, este estudio, el cual se realiza desde una perspectiva genérica y particular, podría ser extrapolable a otro Ordenamiento Jurídico que compartiera la raíz continental del sistema de Derecho.

La relevancia de este estudio es, por lo tanto, indiscutible ya no solo a nivel nacional, sino también internacional. El fenómeno del terrorismo yihadista seguirá expandiéndose y tratando de encontrar nuevos modos de llevar a cabo sus actividades,

por lo que será esencial trazar el recorrido legal más adecuado, el cual no violenta los parámetros democráticos básicos, de lo contrario, podríamos aventurarnos a afirmar que, ya no nos encontramos inmersos en una Democracia, sino en otro sistema político.

OBJETIVOS – CONTENIDO

El delito de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP (más conocido como delito de autoadoctrinamiento terrorista) presenta numerosas contradicciones desde distintos puntos de vista penales. Sin embargo, y aunque se trata de un fenómeno de eminente actualidad no existen referencias ni estudios en profundidad en lo que se refiere esta conducta. Es por esta razón por la que se hacía necesaria el análisis de dicha conducta y así determinar las posibles incompatibilidades de esta conducta y la lógica del Ordenamiento Jurídico español ante el Estado de Derecho lo cual plantea varios dilemas y problemas que resultan muy interesantes de estudiar.

En la presente investigación se comenzará por un estudio política-criminal que resulta esencial para el desarrollo posterior de la investigación estrictamente dogmática. Al ser un delito relativamente novedoso también será necesario apreciar los posibles orígenes y antecedentes históricos de la conducta del delito de autoadoctrinamiento terrorista, no solo reparando en la legislación nacional antiterrorista y su evolución, sino que igualmente se centra en el estudio de la normativa universal, especialmente en los mecanismos de los que precisa la Organización de las Naciones Unidas y su predecesora, esto es, la Sociedad de Naciones; así como a nivel regional centrándose el análisis en la normativa de la Unión Europea y sus estrategias para la lucha contra el terrorismo internacional. Una vez completada la parte general y normativa se pasará al estudio dogmático, el cual comenzará con el análisis del bien jurídico tutelado en el delito de autocapacitación terrorista, y su compatibilidad con los principios político-criminales de lesividad y exclusiva protección de bienes jurídicos por parte del Derecho Penal. A continuación, se estudiará el tipo objetivo de la conducta ilícita del art. 575.2 CP, que constará del análisis de la conducta típica y el objeto del delito, esto es, el “contenido de naturaleza terrorista que resulte idóneo para incitar a la incorporación a una organización terrorista o para colaborar con esta en sus fines”; además de otros elementos como el de habitualidad. El estudio también abordará los sujetos del delito, parte esencial para

dilucidar si se trata de un delito de *status* y, por ende, se está ante un Derecho Penal de Autor.

Pero, sin duda alguna, uno de los aspectos más determinantes y que cambiará la perspectiva de esta conducta será el análisis en profundidad del tipo subjetivo del delito, el cual se redobra en dos finalidades: la capacitación, por un lado; para la comisión de delitos de naturaleza terrorista, por otro lado.

Este estudio pretende abordar una investigación completa, contrastando cada uno de los elementos del delito desde el punto de vista del Ordenamiento Jurídico español, tanto por su doctrina como por su jurisprudencia. La finalidad se centra asimismo en concluir si el delito merece continuar en el Código Penal español, el cual forma parte de un Estado de Derecho y democrático, o, si por el contrario en realidad y de acuerdo con los principios y garantías penales debería proponerse su destipificación.

METODOLOGÍA Y MEDIOS

Para la elaboración de esta investigación ha sido necesario recurrir a varias fuentes, entre las que destacan obras oficiales y científicas en forma de libros, artículos de revistas e informes oficiales. No solo se ha consultado obras científicas de carácter jurídico-penal sino, que debido a la naturaleza eclética del fenómeno del terrorismo. Yihadista internacional y a la convivencia de distintos elementos se ha debido acudir a obras del campo de la psicología, de estrategia militar y de las distintas fuerzas de seguridad, entre las que se incluyen informes y obras científicas de inteligencia; así como también obras jurídicas del ámbito constitucional, civil, administrativo e incluso procesal.

La consulta y análisis de la jurisprudencia vigente, la cual ha sido bastante escasa en el caso del delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP), ha sido, asimismo, decisiva para apreciar la evolución en el tratamiento de los delitos terroristas y los llamados delitos de “status”.

Debido a esta escasez de recursos bibliográficos ha sido imprescindible el estudio de otros ilícitos penales que, aun no perteneciendo al mismo grupo de delitos, guardan

similitud con el delito al que se dedica este estudio, tales como pueden ser el delito de posesión de pornografía infantil, el delito de posesión de drogas y el delito de odio, entre otros.

A todo esto merece destacar que todos estos recursos no solo han sido consultados de fuentes españolas, sino que se ha utilizado material en otros idiomas, entre los que se destacan fuentes oficiales y científicas en inglés e italiano.

CONCLUSIONES – RESULTADOS

El delito de “autocapacitación” terrorista del art. 575.2 CP no puede ser interpretado como la criminalización del proceso de radicalización o autoadoctrinamiento de naturaleza terrorista. Si se acepta esta premisa se estará aceptando la punición del pensamiento y, por ende, dando paso a un Derecho Penal de Autor, totalmente incompatible con los principios garantistas de un Estado de Derecho.

La única interpretación compatible con el principio del hecho y en armonía con el principio *cogitationis poenam nemo patitur*, sería aquella considerada por su literalidad, entendiendo la primera finalidad por aquello que el mismo precepto expone: “capacitarse”.

Es evidente la necesidad de este modo de interpretar el elemento subjetivo. Y es que, no solo se incardinaría hacia la segunda de las finalidades del elemento subjetivo, sino que permitiría adelantar la barrera de punibilidad hasta constituirse como un acto preparatorio “autónomo” y no un delito orwelliano de pensamiento, conservando además, los principios de responsabilidad por el hecho, el principio de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico y el principio de seguridad jurídica, entre otros.

No solamente se propone esta interpretación por motivos político-criminales garantistas, sino que se trataría asimismo de un motivo de eficacia. Una seguridad jurídica es síntoma de una buena comprensión de la norma y, por ende, de una adecuada prevención general de la norma. Al mismo tiempo, el juez no invadiría la parcela que solamente puede (y debe) competir al legislador, reduciendo la arbitrariedad del poder judicial.

En definitiva, se expondrán aquí los motivos por los cuales el delito de autocalificación terrorista debe ser tratado desde la más estricta literalidad, con el fin de la salvaguarda de elementos esenciales para el Estado de Derecho y el respeto del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión.

ABSTRACT

Terrorist auto-capacitation crime (art. 575.2 CP)

INTRODUCTION

This thesis tackles the study of the figure of terrorist auto-capacitation crime (article 575.2 CP of the Criminal Code).

This is a matter currently being discussed due to the recent jihadist attacks and also due to new introduction in the Criminal Code by LO 2/2015, 30th of march. On account of a very short time into force and its lack of treatment by Spanish courts, it hasn't been a direct object of study by the criminal doctrine. To date, this kind of phenomenon hasn't been analysed by the criminal doctrine, being more studied by other fields of science, specially by criminology and psychology. The lack of studies about the theme, it causes an important vulnerability to the "rule according to higher law", since this criminal figure goes against the majority of democratic principles and values, what it is necessary for the maintain of "rule according to higher law". The scientist doctrine, since this crime was included in the Criminal Code, has focused in another type of crimes, specially related to the financing of terrorist organizations and hate crimes linked to this nature. Even though these studies are necessary and convenient to understand the terrorist auto-capacitation crime, it is, essentially, a deep study of this crime, which determinate what is the quality of the Democratic system nowadays.

In addition, Trials and courts haven't applied this crime. There are only 6 resolutions up to now (20/08/2019). According the jurisprudence position, there are contradictions that reveal the difficult fitting between this crime and the political-criminal principles and the entirety Fundamental Rights and Fundamental guarantees.

The principal interest for this study is the new "pseudo-Orwellian" crime models which are introduced in the legal system at a national and international level.

The gap in the doctrinal and jurisprudential position causes legal uncertainty, thus bringing an incorrect form of applying this crime and, at the same time, less harmful of

the Democratic bases. Therefore, this thesis expects not only to advert about the contradictions of this figure, but also, hopefully, it will point out a correct way to interpret and apply this precept, or, on the contrary, if it deserves to keep in the Spanish Criminal Code.

Therefore, there had been different issues of different nature originated in this study, thus, it was necessary to appeal to other fields of science to highlight Procedural law, Constitutional law and International Public Law, among others. In addition, it was an essential to study other criminal figures which are similar to terrorist auto-capacitation crime for a better understanding.

Likewise, it is not a national crime, but it is put together as an international phenomenon that becomes alarming. Due to that symptom, it is a global threaten, the criminal categorization is not stablished by Spanish legislator, but it exists in International and Regional Trades which encourage cooperation between States and to include this behavior as a crime in their legal systems. Although it would require attending to national particularities of every State, we can say that, at least the basic core is identical in the rest of countries. In this way, this study could be extrapolated to another similar legal system.

It cannot be denied that the importance of this study is, therefore, as much national as international. The jihadist terrorism phenomenon will continue its expansion and looking for new ways to develop its actions. For this reason, its essential design is an appropriated strategy, otherwise, we could say that it is no more a Democratic State, but in another politic system.

GOALS

The terrorist auto-capacitation crime regulated in art. 575.2 CP (better known as terrorist auto-indoctrination) presents many problems from various points of view in the field of Criminal Law. However, and even though it is a phenomenon very recent, it doesn't exist references or studies in depth related to this criminal offense. For this reason, it is necessary this Thesis and, also, to indicate the incompatibilities between this criminal

precept and the logic of the Spanish Legal System in front of the “rule according to higher law”.

This research will begin with a study of political and criminal nature, which is fundamental for the following development of the study. Being a new crime, it also makes necessary to value the origins and historical precedents of this criminal behavior. For this, it will be studied the national regulations as well as the global regulation, specially the mechanism of United Nations against this. In a regional level the study will be focused on the regulations of fight against terrorism in the European Union. Once it is completed the general and regulation part of the study, it will continue with the dogmatic analysis. It begins with a study of protected legal right by the terrorist auto-capacitation crime and its compatibility with the criminal law principles of harm principle and exclusive protection of legal rights. Next, it will be studying the “actus reus” of the crime in the art. 575.2 CP, in which will be analyzed the criminal behavior and the “object” of the crime. In other words, “content of terrorist nature that it would be appropriated for inciting to the inclusion into a terrorist organization or with aim to collaborate in its purposes”; as well as other elements of the criminal offence like regularity. The study will also address the analysis of the offender and the victim of the crime. An important part in order to solve if it is a “status” crime and, thus, our legal system has become in a Criminal Law based in the individual and not in facts.

However, one of the most interesting and crucial factors that will change the interpretation of this criminal offence will be the “*mens rea*”. In this particular case, the “*mens rea*” doubles in two purposes: in one hand capacitation, and in the other hand, the aim to committee a crime with a terrorist nature. This research expects to address a completed analysis, contrasting every elements of the crime from the Spanish Legal System’s point of view, either the doctrine or jurisprudential treatment.

The aim of the research is based in conclude if this crime deserves to continue in the Spanish Criminal Code, which is suitable for a Democratic system, or if on the contrary, it would be suggested its decriminalization.

THE METHOD

This study will be based on different sources, as general and specialized scientific works of criminal Law, and journal articles, and official reports. Being a phenomenon affected by multiple factors, it will require the study of the psychology field, military and security strategy, as well as constitutional, civil, procedural law doctrine, besides, criminal law.

The analysis of jurisprudence position (which was small in relation to the offense of other terrorist crimes), it was crucial to value the development in the application of terrorist crimes and those figures called like “status crimes”.

Due to lack of bibliography resources, it was required the study of another criminal offence that, although they don't share the same nature, are similar with the terrorist's auto-capacitation crime, for example, child pornography possession crime, drug possession crime, and hate crimes, among others.

It is remarkable that all these resources have been consulting in different languages, as English, French, Italian and Spanish.

CONCLUSIONS

The terrorist auto-capacitation crime of art. 575.2 CP cannot be interpreted as the criminalization of the radicalization process or indoctrination of terrorist nature. If this premise is accepted, it would be accepting the punishment of thinking and, at the same time, it would be opening the way for a Criminal Law based in punishing personalities or ways of thinking. Obviously, it is unacceptable in a Democratic State.

The only one appropriated interpretation with the “fact principle” (and in accordance with the principle cogitationis poenam nemo patitur) would be considered by its fidelity. In other words: to understand the first aim of “mens rea” as “becoming capacitated”.

It is obvious the necessity of be interpreted in this way the “mens rea”. In fact, not only this “action” will be directed towards the second aim of the “mens rea”, but also will be established the moment of punishment afterwards. In this way, it would become as an independent “punishable preparatory acts” and not as an Orwellian thinking crime, while it is possible to conserve the “fact principle”, the “harm principle” or the legal certainty principle, among others.

Not only it is proposed this kind of interpretation for political criminals guarantees, but also for a reason of efficiency. A legal certainty is a sign of a correct understanding of the rule and, consequently, a suitable general prevention of this. At the same time, the judge would not invade the function that only can (and must) be assign to legislator, reducing the arbitrariness of judiciary.

In conclusion, it will be presented here the arguments because of the terrorist auto-capacitation crime would be treated with a strict fidelity, with the purpose of safeguarding the essential elements to keep the Democratic System and the protection of the freedom of conscience, thinking and religion.

BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA DESTACADA

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Derechos Humanos, derechos fundamentales y protección a las víctimas del terrorismo”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) / RUÍZ ARIAS, M. (Edit.), *Actas del Seminario Internacional. EL terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2017.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., / PEREZ CEPEDA, A.I., “Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, en *Revista penal México*, n. 1, 2011.

BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, mayo-agosto 2008.

CARUSO FONTÁN, M.V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, M. “De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015

CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber*

amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018

DEMETRIO CRESPO, E. “Del «Derecho Penal liberal» al Derecho Penal del Enemigo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006.

DIEZ RIPOLLÉS, J. L., Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / NIETO MARTÍN, A. / NEUMANN, U. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003.

DONINI, M., “Derecho Penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (Coords.), en *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

ESQUINAS VALVERDE, P. “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2 CE): Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^a Época, n. 18, 2006.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal”, en *Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Diversidad cultural y sistema penal”, en *Revista Penal*, n. 22, Julio 2008

— : Tema 3. El tipo doloso de acción. El error de tipo”, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (Dir.) / BUSTOS RUBIO, M., (Coord.), *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017

FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010.

GARCÍA- PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L, *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— : El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— : “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Penal*, n. 19, 2007.

HASSEMER, W. “Derecho Penal Simbólico y protección del bien jurídico”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 51, enero de 1991.

IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 58, abril-junio 1988.

JAKOBS, G., “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

— : “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 11, 2001.

JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

JORDÁN, ENAMORADO, J., “Daesh”, en *Cuadernos de estrategia*, n. 173: La Internacional Yihadista, 2015, en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/41175/Daesh-Estado-Islamico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

— : “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, en *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2).

LAMARCA PÉREZ, C., *Derecho Penal: Parte Especial*, 2ª Edición, Ed. Colex, Madrid, 2004.

— “La dimensión política del terrorismo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., ALCALDE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M.J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I., RÍOS CORBACHO, J.M., (Coords.), *Libro AMICORUM: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— : *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, S / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007.

— : *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016.

— : “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2005.

MIRAT HERNÁNDEZ, P., Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección”, en *Revista Penal México*, n. 6, marzo-agosto 2014.

MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— : “De nuevo sobre el «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Penal*, n. 16, 2005.

— : *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

— “¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo?», en *Revista Penal*, n. 21, enero 2008.

— : “La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Ciencia Jurídica*, año 1, n. 1, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974.

NAVARRO CARDOSO, F., “Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, n. 20-01.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

POLAINO-ORTS, M., *El Derecho Penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, Ed. Flores, México, 2013.

PRIETO NAVARRO, E., “Excepción y normalidad como categorías de lo político”, en CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (coordinadores), *Política criminal en*

vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

“Excepción y normalidad como categorías de lo político”, en CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (coordinadores), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

QUINTERO OLIVARES, G. “La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. / ENRIQUE ANARTE BORRALLA, E., (Coords.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of Rebel Terror and September 11”, en *Revista Anthopoetics VIII*, n. 1, Spring / Summer 2002.

REINARES, F. / GARCÍA CALVO, C., *Estado Islámico en España*, Ed. Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.

ROXÍN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, 2013.

SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penale connessi all’utilizzo di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali”, en *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, n. 1-2.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. 29, Nº. 86-87, 2008

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª Edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2011.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

— “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo aborda el estudio del tipo delictivo del delito de autocapacitación terrorista, recogido en el art. 575.2 CP. De acuerdo con dicho precepto, se entenderá cometido la conducta ilícita cuando “Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior. (...) Se entenderá que comete este delito quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los “delitos tipificados en este Capítulo”, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. (...) Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

Se puede hablar de la figura del delito de autocapacitación terrorista como novedosa, la cual ha sido recibida entre numerosas críticas y un rechazo generalizado por parte de la doctrina penal española. Debido al cambio de paradigma en el *modus operandi* de las organizaciones y grupos terroristas que operan en la actualidad, el legislador ha optado por una anticipación de las barreras de punibilidad de estas características, sin esperar siquiera a la concurrencia de actos preparatorios punibles.

Para el estudio de esta figura y la comprobación de su compatibilidad con las exigencias de un Derecho Penal de Garantías, será necesario analizar el delito de autocapacitación terrorista en contraste con los distintos elementos de la Teoría Jurídica del Delito. Será necesario pues, un estudio en profundidad sobre pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales que aporten unas conclusiones decisivas y claras con respecto a su ajuste en un Derecho Penal democrático. La poca información que existe acerca de este nuevo tipo delictivo obliga al estudio comparado con otras figuras afines,

por lo que además del estudio de la parte general del Derecho Penal, se deberán estudiar ciertos delitos de la parte especial, que no siempre coinciden con tipos delictivos de naturaleza terrorista. La escasez de estudios al respecto, junto con la dificultad de aplicar esta conducta ha influido, asimismo, en el análisis por parte de la jurisprudencia española, especialmente en lo que respecta a la Audiencia Nacional y al Tribunal Supremo.

La principal razón de esta tesis se basa en la ausencia de estudios al respecto debido a su novedad y a la ausencia de información que ya se ha apuntado. Además de esto, este estudio resultaba necesario para comprobar sus implicaciones y consecuencias para el sistema de garantías y la calidad democrática de nuestro Ordenamiento Jurídico penal.

Huelga decir que la inclusión de esta figura ha traído consigo el rechazo generalizado de la doctrina penal, debido a su peligrosidad para el sistema penal garantista y al riesgo de “contaminación” al resto de conductas tipificadas en el Código Penal, como también que se configure como el inicio de la instauración de un Derecho Penal del Enemigo que además contaría con la aquiescencia de la sociedad. Debido a su afección a distintas parcelas del conocimiento, en ocasiones se deberá acudir a disciplinas distintas a la del Derecho, como la criminología, la sociología e incluso la historia, al que se le debe añadir al mismo tiempo el estudio de otras ramas del Derecho, como son el Derecho Procesal, el Derecho Constitucional o el Derecho Administrativo. Gracias a la realización de una estancia de investigación en la Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, así como otra en la Universidad de Huelva, he podido acceder a distintas fuentes bibliográficas, enriqueciendo la calidad del trabajo.

En unas circunstancias en las que tan solo el 18,4% de los radicalizados elegía el método online y autónomo para iniciarse en este proceso, resulta descabellado no ya que comparta la misma pena que la radicalización pasiva por parte de terceros, sino que el legislador español haya determinado la pena entre dos y cinco años por el solo acceso y posesión de un material de “naturaleza terrorista” que sirva al sujeto para capacitarse con el fin de cometer delitos de terrorismo. De esta manera, el estudio deberá enfocar distintos ángulos en la Teoría Jurídica del Delito y contar con principios político-criminales para concluir un estudio completo y decisivo.

La presente tesis consta de siete capítulos para analizar el tipo delictivo de la conducta de autocapacitación terrorista:

El primer Capítulo versará sobre los distintos movimientos terroristas para poder llegar a entender por qué razón se ha llegado a la tipificación de tal conducta ahora y no antes. La introducción también contará con un estudio concreto de las organizaciones terroristas yihadistas, en el que se puede destacar la historia de sus orígenes y desarrollo hasta nuestros días y su propia idiosincrasia, así como una aproximación al perfil del sujeto que suele ser captado por dichas organizaciones. Asimismo, se estudiará la actual tendencial de la política criminal y su papel decisivo a la hora de haber introducido esta figura delictiva en el Código Penal español.

En el segundo Capítulo se abordará el marco jurídico que ha dado lugar al delito de autocapacitación terrorista, tanto a nivel universal, en concreto la Organización de las Naciones Unidas; a nivel regional, con el análisis de las normas de la Unión Europea; y a nivel nacional, con el recorrido de la legislación antiterrorista española desde la dictadura franquista hasta nuestros días.

Ya en el tercer Capítulo se entrará en materia dogmática con el estudio del bien jurídico “protegido” por la conducta de autocapacitación terrorista. El contraste de diversas figuras afines así como el estudio de distintos fenómenos, teorías y principios podrán comenzar a arrojar luz en torno a la cuestión de si este delito se podrá calificar como una manifestación del Derecho Penal del Enemigo.

El cuarto Capítulo apunta hacia el tipo objetivo, determinando si se podrá hablar efectivamente de una “conducta” de acuerdo con los criterios de la Teoría Jurídica del Delito o si, por el contrario, en realidad se está anticipando la barrera de punibilidad e invadiendo parcelas anteriores a los actos preparatorios punibles del *iter criminis*. En este Capítulo se estudiará también distintos elementos objetivos, comprobando si en realidad se ajusta a distintos principios del sistema penal garantista.

El quinto Capítulo se dirige a determinar si, efectivamente, estamos ante un delito de sospecha, lo que implicaría reconocer esta conducta como un Derecho Penal de Autor.

El sexto Capítulo se reserva al estudio completo del elemento subjetivo, haciendo especial hincapié en la primera de las finalidades, esto es, “capacitarse”. Se determinará, además, cuál debería ser la interpretación adecuada para que esta conducta pueda “encajar” en un Derecho Penal Garantista y hacerlo, así, menos invasivo.

Y, por último, en el séptimo Capítulo se comprobará si, ciertamente, se podría considerar la radicalización como una causa de justificación y, por ende, proponer incluso la destipificación de este delito.

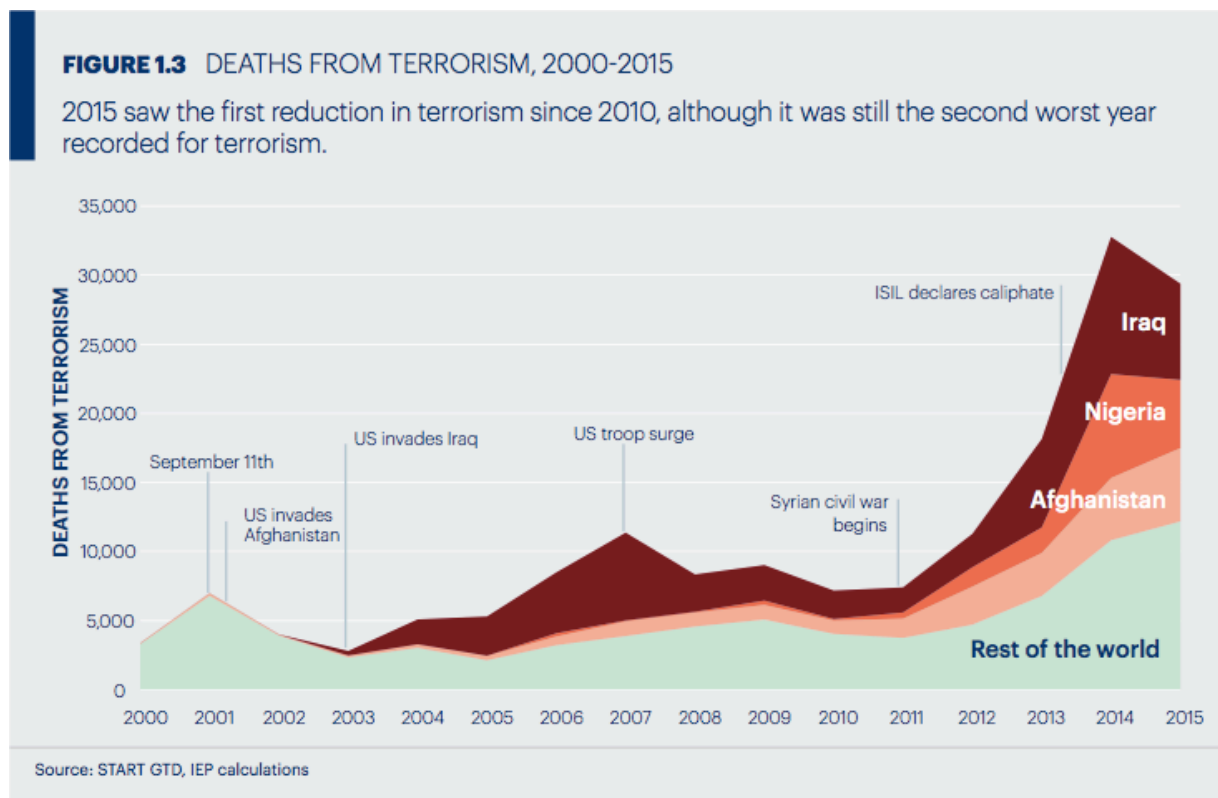
CAPÍTULO I

ORÍGENES DEL TERRORISMO Y POLÍTICA CRIMINAL. CAUSAS Y CONSECUENCIAS DE LA NUEVA TENDENCIA PENAL

I. INTRODUCCIÓN. LA TEORÍA DE LAS OLEADAS DEL TERRORISMO DE RAPOPORT

Actualmente la comunidad internacional se siente amedrentada por la creciente actividad terrorista que se viene desarrollando en las casi dos últimas décadas.

Aunque en 2015 se produjo por primera vez en quince años una reducción de la actividad terrorista es manifiesto que, no solo los ataques terroristas, sino las muertes provocadas por estos acontecimientos se han incrementado de forma preocupante. Así, y de acuerdo con el Instituto de Economía y Paz, se ha pasado de producirse 5.000 víctimas en el año 2000, hasta más de 30.000 muertes entre 2013 y 2014, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Institute For Economics & Peace¹

¹ Vid. INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE, *Global terrorism index 2016. Measuring and understanding the impact of the terrorism*, IEP Report 43, 2016, en: <http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2016/11/Global-Terrorism-Index-2016.2.pdf>

No obstante, y aunque parezca que este fenómeno ha aparecido recientemente y de manera ocasional, podemos decir que en realidad el terrorismo ha existido a lo largo de la historia de forma continuada desde el siglo XIX².

Siguiendo la teoría de las oleadas de RAPOPORT han existido a lo largo de la historia un total de cuatro oleadas terroristas³. Cada una de estas se caracterizan por tener una energía⁴ distinta que enarbola el espíritu de la oleada en cuestión. Conforme a lo ilustrado por RAPOPORT, una oleada terrorista consistiría en un ciclo de acontecimientos que tienen lugar en un periodo de tiempo “caracterizado por un elemento internacional, actividades similares movidos por una energía común predominante que comparte grupos y relaciones mutuas”⁵.

De esta forma, y desde el siglo XIX, se vienen sucediendo diversas oleadas, todas y cada una de ellas con una energía distinta, que inspira a la creación de diversas organizaciones. En el mismo sentido, KURTH CRONIN apunta que hasta ahora se han dado un total de cuatro grandes oleadas de terrorismo moderno, a saber: la oleada anarquista, la oleada anticolonial, la oleada de la nueva izquierda y la oleada religiosa⁶.

Una vez dicho esto, se realizará a lo largo de este epígrafe un análisis de la historia del terrorismo moderno desde la óptica y principalmente de la teoría de las oleadas del terrorismo creada y desarrollada por RAPOPORT.

² ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA, L., Á., “Enfrentamientos asimétricos. La respuesta del Estado español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)”, en *Boletín de Información*, n. 322, 2011, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4198826>, p.113.

³ RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of Rebel Terror and September 11”, en *Revista Anthropoetics VIII*, n. 1, Spring / Summer 2002, pp. 47 y ss.

⁴ No solo se caracterizan por el espíritu en cuestión, sino que además cada una de ellas tienen en particular su forma de organización, su ideología y su detonante nacido de la oportunidad política, entre otros. Vid. GONZÁLEZ CALLEJA, E., “Las oleadas históricas de la violencia terrorista: una reconsideración”, en *Revista de Psicología Social*, n. 24 (2), 2009, p. 120.

⁵ RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of...”, Op. Cit., p. 47.

⁶ KURTH CRONIN, A., “Sources of contemporary terrorism”, en KURTH CRONIN, A. / LUDES, J. M., *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, Ed. Georgetown University Press, Washington, 2004, p. 36.

1. La primera oleada: el terrorismo anarquista

Para localizar la primera oleada de terrorismo es necesario remontarse a mediados del siglo XIX, siendo el año de mayor apogeo 1890.

El primer hito del terrorismo anarquista se materializó en el asesinato del Zar Alejandro II en 1881, a manos de la organización revolucionaria y clandestina “*Voluntad del Pueblo*”⁷. Pronto el fenómeno terrorista de corte anarquista se formó una identidad, adoptando la dinamita como su arma predilecta para cometer sus acciones, e incluso el lema “*propaganda por el hecho*”⁸. Este es el principal rasgo que diferencia al terrorismo moderno de los magnicidios que se habían producido anteriormente, así, con el magnicidio solo se pretendía el asesinato del dirigente con el fin de eliminarlo, mientras que con el terrorismo, como ya se ha apuntado en las líneas precedentes, las acciones tienen el fin de su difusión, aprovechando de este modo el avance en los medios de comunicación de la época⁹. Esta peculiaridad del fin propagandístico, aunque comenzase en esta oleada, será un elemento común en las siguientes, con gran importancia en la última, protagonizada por la organización terrorista DAESH.

Este tipo de terrorismo se caracterizó por su extremismo y por su rasgo utópico, ya que no necesariamente todo anarquista participaba o estaba de acuerdo con las acciones violentas.

Es necesario tener en cuenta también que el principio antiorganizativo de los terroristas anarquistas perfilaba consecuentemente su *modus operandi*. En efecto, el atentado terrorista no se organiza por un gran grupo de personas como se realizará en las próximas oleadas, sino que los atentados estaban protagonizados por un sujeto individualmente, o bien por un grupo muy reducido de personas¹⁰.

⁷ AVILÉS FARRÉ, J., “Propaganda por el hecho y regicidio en Italia”, en AVILÉS FARRÉ, J. / HERRERÍN LÓPEZ, Á. (Coords.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 2008, p. 5.

⁸ *Ibidem*.

⁹ CASPISTEGUI, F. J., “Anclajes históricos del terrorismo”, en *Memoria y Civilización*, n. 12, 2009, p. 286.

¹⁰ AVILÉS FARRÉ, J., “Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: Un análisis comparativo”, en *Historia y política*, n. 27, enero-junio, 2012, p. 244.

Los ataques que realizaban no eran fortuitos, sino que estaban cargados de simbología y tenían un objetivo no solo para provocar impacto en la sociedad, sino que buscaban con estas acciones dañar ciertas instituciones que por ende entendían contrarias a sus ideales, principios y pretensiones. De esta manera y siguiendo este esquema tuvieron lugar los atentados del Liceo de Barcelona el 7 de noviembre de 1893, y el atentado de la calle de Cambios Nuevos en Barcelona, el 7 de julio de 1896.

Corría el año 1893, y el Liceo de Barcelona en el mes de noviembre inauguraba su temporada. Sin embargo, justo cuando comenzaba el segundo acto de la ópera “Guillermo Tell”, un individuo arrojó dos artefactos explosivos al patio de butacas, provocando 20 muertos y 27 heridos¹¹. La localización no fue fortuitamente elegida, sino que el individuo pretendía provocar el daño a la burguesía, uno de los objetivos predilectos de los anarquistas¹².

El próximo atentado contra una institución sería en la calle de Cambios Nuevos en Barcelona durante la celebración del Corpus Christi¹³. Sin duda el objetivo era claro: la iglesia católica, y además en uno de sus celebraciones más importantes¹⁴.

Muchas de estas características que se aprecian en la primera oleada se repetirán en las próximas. Y es que el uso de la violencia reporta a los grupos terroristas una serie de beneficios: captar la atención de la opinión pública, acostumbrar a las masas a la violencia, y provocar al Estado para que este legisle normas más represivas y así causar un mayor descontento en la sociedad¹⁵.

Y así fue. Las medidas represivas no tardaron en llegar con cada uno de los ataques terroristas por parte de los grupos anarquistas.

¹¹ HERRERÍN LÓPEZ, Á., “1893: año clave del terrorismo en la España de la Restauración”, en *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie V, Historia Contemporánea, t. 20, 2008, p. 75.

¹² AVILÉS FARRÉ, J., “Propaganda por el hecho...”, Op. Cit., p. 22. / HERRERÍN LÓPEZ, Á., “España: la propaganda por la represión 1892-1900”, en AVILÉS FARRÉ, J. / HERRERÍN LÓPEZ, Á. (Coords.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, 2008, p. 112.

¹³ GUTIÉRREZ MOLINA, J., L., *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Ed. Síntesis, Madrid, 2008, p. 68.

¹⁴ HERRERÍN LÓPEZ, Á., “España: la propaganda por la represión...”, Op. Cit., p. 104.

¹⁵ Para saber más sobre las causas del terrorismo: CRENSHAW, M., “The Causes of Terrorism”, en *Comparative Politics*, vol. 13, n. 4, 1981.

Se aprueba el 10 de junio de 1894 la “Ley sobre los atentados por medio de explosivos” como respuesta a los ataques del Liceo. La norma incluía medidas muy severas, entre las que se encontraban la pena de muerte y la cadena perpetua para aquellas personas que atentasen con bombas en lugares público o bien se causara la muerte¹⁶.

Seguidamente y después de que acontecieran los atentados en la calle Cambios Nuevos de Barcelona en 1896, el legislador español aprueba la Ley 2 de septiembre de 1896 de “represión de los atentados anarquistas”. El fin último de esta norma no es otro que el de combatir el anarquismo (art. 1), con la pena de muerte o la cadena perpetua para quien realizase ataques terroristas o bien para quien realizase propaganda de los mismos (arts. 2 y 3)¹⁷.

Pero el terrorismo de corte anarquista no solo ha estado presente en el “antiguo continente”, sino que ha llegado a traspasar el océano, presentándose asimismo ejemplos de terrorismo anarquista al otro lado del mundo, en el continente americano. Estados Unidos inicia el siglo XX con el asesinato de su V presidente, William McKinley, por un joven militante anarquista. Y es que, durante esta época, el fenómeno anarquista se verá avivado por el auge de la abundancia económica y el refuerzo religioso americano¹⁸.

Un acontecimiento muy destacable es el ocurrido durante las manifestaciones de Haymarket Square en 1886, en el que durante una manifestación de trabajadores en la que se exigían una jornada laboral de 8 horas, detona un artefacto que causa siete víctimas mortales, todas ellas policías, y al menos 70 heridos¹⁹. Como es posible apreciar, los ataques son referidos en su totalidad a los “enemigos” del anarquismo, tales como el gobierno y las fuerzas del Estado, esto es, ataques simbólicos en los que se usa el método de la bomba para su ejecución.

¹⁶ HERRERÍN LÓPEZ, Á., “España: la propaganda por la represión...”, Op. Cit., p.118.

¹⁷ ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA, L., A., “Enfrentamientos asimétricos...”, Op. Cit., p. 124.

¹⁸ Surgen así, en contraposición consignas como “No clérigos, no capitalistas, no Estado no Ley”. Vid. ZAPATA, M., “Identidad y terrorismo en EEUU: Un recorrido sobre la interrelación entre las representaciones religiosas subyacentes a la identidad norteamericana y la conceptualización de terrorismo, desde principios del siglo XX hasta las últimas décadas de Guerra Fría”, en *Revista Relaciones Internacionales*, n. 32, junio – septiembre 2016, pp. 172-173.

¹⁹ SUEIRO SEOANE, S., “De Johann Most a Emma Goldman: el anarquismo en los Estados Unidos de América”, en AVILÉS FARRÉ, J. / HERRERÍN LÓPEZ, Á. (Coords.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Ed. Siglo XXI de España Ediciones, Madrid, 2008, pp. 97 y ss.

2. La segunda oleada: el anticolonialismo

La segunda oleada da comienzo con el Tratado de Versalles, y tiene como nombre “oleada anticolonialista”. Aunque en realidad en esta oleada se pueden diferenciar dos fases. En la primera, tal y como apunta GONZÁLEZ-CALLEJA “la violencia terrorista era subsidiaria de proyectos revolucionarios” en su primera fase hasta desembocar en los regímenes totalitarios comunistas o fascistas²⁰.

Al finalizar la “Gran Guerra” se hacía necesario celebrar un acuerdo de paz entre Alemania y los Aliados. Así, se creó en Versalles en 1919 el Tratado que lleva su nombre. En él se recogían medidas represivas contra Alemania, como castigo por los hechos acontecidos en la guerra. Alemania debía entregar algunos territorios a Europa, perdiendo asimismo sus territorios coloniales, también tuvo que asumir una deuda muy elevada a los países vencedores, al mismo tiempo que tenía prohibido aumentar sus filas militares y aparatos bélicos²¹. Ante esta situación nacen en Alemania grupos subversivos con afán de “ente de resistencia nacional”, como por ejemplo la organización terrorista “organización Cónsul”. A esta organización terrorista se le atribuyen diversos asesinatos simbólicos, un total de 354 asesinatos políticos aproximadamente²², de entre los que se encuentra el asesinato del Ministro de Asuntos Exteriores Walther Rathenau²³.

Por otra parte, la segunda fase se encuadra entre 1945 y 1965, protagonizado por los movimientos tercermundistas de liberación ante la opresión colonial²⁴. En el periodo de entreguerras comienzan a producirse insurgencias en las antiguas colonias. El derecho de libre determinación de los pueblos recogido en el primer artículo de la Carta de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas provocó en las colonias un ambiente de desconfianza hacia el gobierno central del que dependían. Entendieron que se trataba de un poder ilegítimo y el anhelo de independencia cada vez tenía más calado entre la

²⁰ GONZÁLEZ CALLEJA, E., “Las oleadas históricas de la violencia terrorista...”, Op. Cit., p. 126.

²¹ MOTTA CASTAÑO, D., “Tránsito del Derecho Penal Internacional desde el Tratado de Versalles y de Nuremberg hasta Roma” en *meritum, Belo Horizonte*, v. 5, n. 2, julio – diciembre, 2010, p. 174.

²² GONZÁLEZ CALLEJA, E., “Los terrorismos europeos”, en RODRIGO, J. (Coord.), *Políticas de la violencia: Europa, siglo XX*, Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014, p. 458.

²³ AINS-GALENDE, A., *Del fundamentalismo al terrorismo fundamentalista. ¿Es el 11-M un caso de terrorismo fundamentalista?*, Ed. Universidad de Almería, Almería, 2011, p. 143.

²⁴ GONZÁLEZ-CALLEJA, E., “Las oleadas históricas ...”, Op. Cit., p. 127.

sociedad. Es el caso del grupo terrorista argelino conocido como FLN. Dicho grupo terrorista entendían como legítimo el uso de la violencia para conseguir la independencia de su país^{25/26}.

Otro grupo terrorista al que se puede hacer referencia en esta oleada es el llamado Viet Minh, el grupo terrorista vietnamita que pretendía librarse de la ocupación colonial francesa, usando asimismo métodos violentos que podrían catalogarse como terroristas²⁷.

En ambas fases pues, se puede apreciar la resistencia a la que entendieron como opresión de un gobierno ilegítimo, siendo entonces la energía que propulsa a esta oleada la independencia²⁸.

Las circunstancias en las que se desenvuelve esta nueva oleada hace también exigible un nuevo carácter. Al percatarse de la mala connotación que los anarquistas habían dotado al concepto de “terrorismo”, esta nueva oleada, especialmente en su segunda fase, quiso desvincularse de la misma. Para ello, adoptaron un nuevo concepto, presentándose como los “guerreros de la libertad” para derrocar al gobierno ilegítimo²⁹.

De forma paralela y atendiendo a que el asesinato de figuras importantes o atentados simbólicos generaba un efecto de rechazo, modifican su objetivo³⁰. Ahora perciben como destino de sus atentados a todo aquel que no sea partidario o no participe en la lucha anticolonial. Es de esta manera la primera vez que el terrorismo moderno

²⁵ YBARRA ENRIQUEZ DE LA ORDEN, M.C., “La Argelia independiente: entre el socialismo y el fundamentalismo religioso”, en *Revista Anales de la Historia Contemporánea*, n. 15, 1999, pp. 63 y 64.

²⁶ FRANÇOIS, P., “Contraineligencia en Argelia: un punto de vista francés”, en *Military reviews*, enero-febrero 2009, p. 60.

²⁷ DOMMEN, A.J., *The Indochinese Experience of the French and the Americans: Nationalism and Communism in Cambodia, Laos, and Vietnam*, Ed. Hardcover, Bloomington, 2002, pp. 113 y ss.

²⁸ Recordemos que cada “oleada” se caracteriza por ser impulsada por una “energía”, que funciona como un motor que la hace avanzar. En este caso, la “energía” o motor de la segunda oleada no es otra que la voluntad de querer desprenderse del yugo de un gobierno que entienden “ilegítimo”. Este poder es el de la opresión del gobierno del Imperio al que se encuentran subrogados.

²⁹ SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, E., “¿Nos encontramos ante la quinta oleada del terrorismo internacional?”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, p. 10.

³⁰ *Ibidem*.

identifica un objetivo indiscriminado, formando parte de este incluso la población civil en su generalidad³¹.

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial y con la creación de las Naciones Unidas, el panorama internacional da un giro. Es entonces cuando comienza la descolonización, que dará lugar, en parte, al mapa global con los Estados que existen en la actualidad³².

En cuanto a la primera fase, estos hechos dieron lugar a diferentes instrumentos de corte internacional para solventar el fenómeno terrorista. En 1914 se celebra el I Congreso de Policía Judicial en Mónaco.

En la segunda fase, tal y como se ha referido anteriormente, la ONU tuvo un papel fundamental en el proceso de descolonización. Con el fin de la II Guerra Mundial y para preservar la paz y la convivencia en el globo, se crea en 1945 las Naciones Unidas por medio de la Carta de las Naciones Unidas³³. La Carta de Naciones Unidas es el tratado fundacional de dicha organización internacional, la cual establece la estructura y el funcionamiento de la misma, además de ciertas obligaciones por encima incluso de las obligaciones contenidas en el Tratado.

Ahora bien, uno de los hitos más importantes de la historia de las Naciones Unidas fue la proclamación de la libertad y de la igualdad de las todas las naciones de la Tierra. Comienza así, un proceso de descolonización de los territorios aun sometidos a los imperios bajo el estandarte de la libre determinación de los pueblos³⁴.

Sin embargo, y pese a las esperanzas puestas en el desarrollo de los objetivos de la ONU, los principios de la Carta estaban siendo aplicados con más dilación de la debida. Debido a la urgencia del cumplimiento de este propósito, la Asamblea de las Naciones Unidas decidió elaborar la Resolución 1415, que tiene por nombre “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”³⁵.

³¹ FEAL VÁZQUEZ, J., “Terrorismo internacional” en *Boletín de información*, n. 275, 2002, p. 57.

³² RAPOPORT, D., “The four Waves of ...”, Op. Cit., p. 56.

³³ Carta de las Naciones Unidas, en (última visita: 17/01/2017): <http://www.un.org/es/charter-united-nations/>

³⁴ *Ibidem*, art. 1.

³⁵ “Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, de *Las Naciones Unidas y la descolonización*, en (última visita: 25/10/2019): <https://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>

Así, y determinando que “la sujeción de pueblos a una subyugación, dominación y explotación extranjeras constituye una denegación de los Derechos Humanos fundamentales”³⁶, se proclama que “el derecho de libre determinación determina libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”³⁷.

De esta manera, y desde la creación de las Naciones Unidas, son más de cien las naciones las que se han convertido en naciones independientes liberándose del yugo de su previo dominio colonial³⁸, poniendo punto final a la segunda oleada de terrorismo.

3. La tercera oleada: la nueva izquierda. Un especial análisis del terrorismo de ETA en España

La tercera oleada terrorista se desarrollará a lo largo de 1960 y hasta principios del Siglo XXI. El terrorismo de izquierdas, así llamado por RAPOPORT³⁹, tuvo lugar en diversas partes del globo terrestre en distintas manifestaciones ya que fueron movidas por motores, aunque parecidos, con sus propias particularidades. No obstante, se puede apreciar una diferencia en cuanto al carácter del “motor” de las manifestaciones de esta tercera oleada.

Se puede decir que esta oleada tiene tres vertientes. Por una parte, tendrá como objetivo derrocar al sistema capitalista en los territorios en los que se desarrolló, así en Uruguay, Brasil, Argentina y Venezuela presentándose en forma de “guerrillas urbanas”. Por otra, a través de grupos organizados como es el ejemplo de en Italia con “le Brigate Rosse”. Y por último, se puede identificar otro corte de terrorismo de izquierdas, el cual tenía como fin el separatismo internacional, como son los casos de IRA en Irlanda del Norte (Reino Unido), y ETA en el caso del País Vasco (España)⁴⁰.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, punto 2.

³⁸ MARTÍNEZ CARRERAS, J. U., “La ONU y la descolonización”, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n. 17, 1995, p. 84.

³⁹ RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of...”, Op. Cit., p. 48.

⁴⁰ CANO PAÑOS, M. Á., “Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo”, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 7, n. 7, 2009, p. 2

Es inevitable no apreciar ciertas similitudes de esta oleada con la oleada anarquista. Se retoman viejos objetivos para conmocionar a la población, esto es, personajes relevantes de la sociedad⁴¹. Al mismo tiempo, vuelve el uso de las bombas como *modus operandi* y a los secuestros⁴² como una forma de intimidación y de financiación de la acción terrorista.

Sin embargo, y a colación de los secuestros y asesinatos es necesario puntualizar una diferencia primordial. Mientras que en la primera oleada los anarquistas realizaban estos actos terroristas contra un cargo público, por la gran simbología que representaban, para los terroristas de la tercera oleada estos asesinatos o secuestros se perpetraban con el fin de “castigar” al sistema⁴³.

En este apartado, se centrará el estudio en tan solo tres grupos terroristas debido a su gran importancia, ya sea por su duración en el tiempo, como por proximidad y similitudes entre sí. Estas serán: Montoneros en Argentina, IRA en Irlanda del Norte, las BR en Italia y ETA en el País Vasco.

3.1. Los Montoneros. El resurgir del terrorismo anarquista y el uso de la “guerrilla”

El terrorismo de corte de izquierdas que se desarrolló por la década de los 70 tuvo un gran impacto en las democracias del continente americano. Si bien son muchos los grupos que destacan en este periodo histórico, tal como Sendero Luminoso en Perú, lo cierto es que uno de los movimientos terroristas más importantes y que más relación guarda con la tercera oleada es el fenómeno terrorista que se desarrolló durante los setenta en Argentina.

⁴¹ Un ejemplo de ello fue el asesinato de Carrero Blanco por parte de la banda Terrorista ETA en 1973 en Madrid provocado por un coche bomba.

SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, E., “¿Nos encontramos ante la quinta...”, Op. Cit., p. 11.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of...”, Op. Cit., p. 57.

Debemos remontarnos al año 1959 para localizar en el tiempo el origen del terrorismo en Argentina, donde, inspirados por la revolución de Fidel Castro intentan llevar a cabo su fin político⁴⁴. El terrorismo argentino fue impulsado por el movimiento conocido como “Peronismo”, los cuales apoyaban el retorno del General Perón al gobierno. Perón fue presidente de Argentina hasta que, en junio de 1955 y mediante la llamada Revolución Libertadora, se derroca al gobierno de Perón con el apoyo de la Marina y la Fuerza aérea, obligando al general Perón a exiliarse en España⁴⁵.

Fruto del odio provocado por el golpe de Estado, además de por el “secuestro” del cuerpo de Eva Perón, nace el grupo terrorista “Montoneros”.

Si por algo destacó este grupo terrorista fue por la legitimación de la violencia como un medio “lícito y purificador”, además de entender los intereses de la patria por el mismo interés individual⁴⁶. Es decir, toda violencia estaría justificada si esta contribuía al propósito del retorno del General Perón a Argentina y, claro está, al gobierno de la Nación. Y así demostraron su dogma de “el fin justifica los medios” cuando secuestraron y asesinaron en 1970 al General Aramburu⁴⁷, y tan solo un mes después, en julio del mismo año, toman por la fuerza la localidad de La Calera⁴⁸.

⁴⁴ AZCONA, J.M., “La pasión revolucionaria y Marxista. El caso de los montoneros en Argentina (1970-1976)”, en *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 8, n.1, 2014, p. 85.

⁴⁵ Ante las discutibles políticas del general Perón, que se caracterizaban por su lenguaje bélico y naturaleza restrictiva con respecto a los Derechos Fundamentales, además de los ataques a la oposición llegando incluso a encarcelar a algunos de sus rivales políticos, un sector del ejército decide bombardear la plaza de Mayo, iniciando así el golpe de Estado que derrocaría al gobierno. *Vid.* MIRA DELLI-ZOTTI, G., “Genealogía de la violencia en la Argentina de los años 70”, en *HAOL*, n. 20, 2009, p. 51.

⁴⁶ AZCONA, J.M., “La pasión revolucionaria...”, *Op. Cit.*, p. 86.

⁴⁷ Es necesario reseñar aquí la gran similitud de este hecho con el asesinato de Aldo Moro por “le Birgate Rosse” italianas. Al igual que el terrorismo de las Brigadas en toda su actividad terrorista, pero en especial con Aldo Moro, los montoneros sometieron a un “juicio” al General Aramburu, el cual carecía de toda oportunidad de defensa. Su sentencia se resolvería como pena de muerte, siendo asesinado con varios disparos en la cabeza. Se trataba de una estrategia terrorista que en el contexto de las Brigadas se conocía como “Golpear a uno para enseñar a educar a cien”.

⁴⁸ Ambas acciones no son aleatorias, sino que están cargadas de simbolismo, tal y como se define este tipo de terrorismo. Aramburu fue uno de los cabecillas de la operación que derrocó al gobierno de Perón, y la ciudad de La Calera constituyó el último bastión de resistencia durante la Revolución Libertadora. Como se puede ver, los Montoneros pretendían así hacer ejecutar acciones cargadas de simbolismo, demostrando que su política de terror vencería al gobierno que veían totalmente ilegítimo. *Vid.* AZCONA, J.M., “La pasión revolucionaria...”, *Op. Cit.*, pp. 91-96.

Pero el grupo terrorista caería en desgracia. Después del retorno de Perón a Argentina, este se negó a otorgarles la dirección del movimiento peronista, lo cual desencadenó una escala de violencia entre la que destacaría el asesinato del Ministro Rucci⁴⁹. La respuesta del gobierno fue pareja: terrorismo de Estado. Se comienza así una época en la historia de Argentina en la que se persigue al terrorismo con más terrorismo. El Estado argentino encuentra pues en el uso de la tortura la herramienta perfecta para conseguir información y además propagar el terror entre la población⁵⁰.

3.2. El terrorismo de IRA en Irlanda del Norte, la lucha contra el terrorismo en Reino Unido

Para comprender el conflicto norirlandés es necesario, primero, analizar la situación y la idiosincrasia de esta región específica.

Irlanda del Norte es un territorio enclavado en la provincia de Ulster, al norte de la isla de Irlanda, siendo esta parte de Gran Bretaña en virtud del Tratado del Estado Libre Irlandés. La población de este territorio es fácilmente reconocible: una minoría protestante, la cual es la que reúne y concentra el poder económico y las industrias, por un lado; y un sector católico, que se configura como la mayoría, caracterizados también por sufrir graves discriminaciones por parte de las instituciones y por la sociedad, por otro⁵¹.

Aunque IRA nació en 1919, como “ejército del gobierno revolucionario irlandés” hasta la firma del Tratado de Londres en 1921, la banda terrorista se reactivó durante la década de los 60 con el fin de reivindicar los derechos civiles por parte de la minoría católica que estaba siendo marginada⁵².

⁴⁹ AZCONA, J.M., “La pasión revolucionaria...”, Op. Cit., p. 105.

⁵⁰ De hecho, los actos de terrorismo de Estado no solo se limitaban a la clandestinidad, ya que en numerosas ocasiones las acciones se llevaban a cabo a plena luz del día, retransmitiéndose incluso por los medios de comunicación. Vid. GENTILE, M.B., “Los efectos del terror Argentina 1976-2003”, en *Tesis Psicológica*, vol. 8, n. 1, enero – junio 2013, pp. 19-21.

⁵¹ RUÍZ MARTÍNEZ, J., *El conflicto tribal de Irlanda del Norte*, Editado por la Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Política y Gobernanza, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011, pp. 5 y ss.

⁵² GONZÁLEZ CALLEJA, E., “Los terrorismos europeos...”, Op. Cit., p. 457.

La escalada de atentados con resultado de víctimas mortales fue aumentando de forma paulatina, hasta llegar a la drástica cifra de 3.568 víctimas mortales⁵³. Junto con estas cifras y debido también al incremento de los enfrentamientos, tanto en número como violentos, el gobierno de Reino Unido decidió actuar, y para ello elaboró una serie de normas y reformas en su Ordenamiento Jurídico.

Una de las normas más relevantes que se elaboran para combatir este conflicto fue la Ley de Prevención del Terrorismo⁵⁴ en 1974. En ella, se establece por primera vez una definición de delito de terrorismo. En primer lugar, es necesario puntualizar que el delito de terrorismo de la Ley que comentamos se compone de un elemento objetivo, por un lado, y de un elemento subjetivo, por otro. El elemento objetivo consiste en el uso de la violencia estrictamente. No obstante, no basta con este hecho objetivo, sino que tiene que venir complementado con un fin específico como lo son influir sobre instituciones públicas e intimidar a personas o a ciertos colectivos sociales.

Es necesario apuntar al mismo tiempo que en el derecho anglosajón por tradición, no existe el delito de asociación criminal. Esta carencia viene suplida por el llamado delito de “conspiracy”. Asimismo, se produce un adelantamiento de la barrera de punibilidad en este Ordenamiento Jurídico, en el que se castigará el simple “hecho” de que un grupo de personas tramen la comisión de un delito, que evidentemente aun no se ha comenzado a cometer⁵⁵.

En realidad, todas las medidas encaminadas a combatir el terrorismo, sea el nacional o el internacional de corte yihadista, se alejan del Derecho Penal tradicional. Es decir, las barreras de punibilidad se han adelantado hasta unos límites inconcebibles e incompatibles con los principios del Derecho Penal, en el que se intervendrá penalmente contra conductas que aún no se han materializado en un ataque suficiente contra el bien jurídico⁵⁶.

⁵³ Conflict Archive on the Internet, en (última visita: 18/01/2017): <http://cain.ulst.ac.uk/sutton/>

⁵⁴ Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, en (última visita: 18/01/2017): http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/56/pdfs/ukpga_19740056_en.pdf

⁵⁵ POLITOFF, S., “La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, n. 23, 1997, p. 450.

⁵⁶ FUENTES OSORIO, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8, 2006, pp. 1 y 2.

Concretamente entre las medidas que se adoptaron para atajar el terrorismo del IRA se puede apreciar esta naturaleza. Me referiré en particular a dos medidas que el gobierno inglés tomó, que son: el internamiento y los interrogatorios llevados a cabo por la policía.

A) Medida de internamiento

Esta medida es una de las más peculiares usadas por el gobierno británico. Su singularidad se encuentra en la ausencia de necesidad de tener que recurrir a una orden judicial⁵⁷. En efecto, se trataba de una solución que se depositaba en las manos de la policía británica, la cual, si sospechaba que un sujeto podría haber cometido o cometer un delito en un futuro, podía detener a dicho individuo.

B) Interrogatorios

Si ya la medida de detención arrastraba un rasgo de arbitrariedad, los interrogatorios que se les aplicaban a continuación no lo eran menos.

Así es, tal y como se descubrió en el caso Irlanda c. Reino Unido, las fuerzas de seguridad anglosajonas empleaban técnicas muy cuestionadas. Estas eran cinco técnicas⁵⁸:

- Privación sensorial por encapuchamiento.
- Mantener en pie a los sujetos junto a una pared con los brazos extendidos.
- Sometimiento de los individuos a un ruido intenso y continuo.
- Privación del sueño.
- Escasa alimentación basada en agua y pan.

⁵⁷ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Las aplicaciones del derecho al conflicto", en *Reflexiones sobre la evolución del conflicto de Irlanda del Norte*, Colección Seguridad y Defensa, n. 12, Ed. Ministerio de Defensa / Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2007, p. 71.

⁵⁸ SALINAS DE FRÍAS, N., "Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH", en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.79, septiembre-diciembre 2010, p. 326.

Dichas técnicas que usaban en los interrogatorios, debido a que era más que cuestionable que respetase los parámetros de los Derechos Fundamentales y garantías procesales, fueron llevadas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) por parte de Irlanda.

Reino Unido, entonces, afirmó de modo maquiavélico que el fin, en efecto, había justificado los medios. Y es que según el Estado británico había reportado una gran cantidad de beneficios, ya que la información obtenida de aquellos interrogatorios había sido más que útil al ser posible haber identificado a 700 miembros de IRA y a 85 culpables criminales⁵⁹.

El fallo del TEDH resultó ser insólito. En la misma sentencia la TEDH diferencia por primera vez la “tortura” de “trato inhumano y degradante”. Esta diferencia radica en que la tortura tiene un especial estigma innato, que consiste en un sufrimiento grave y cruel⁶⁰.

Para comprender de una forma más completa la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso Irlanda c. Reino Unido en primer lugar es imprescindible entender qué interpreta el Tribunal por tortura.

No es necesario destacar que la tortura constituye uno de los mecanismos más crueles y que más atentan contra los Derechos Fundamentales y Derechos Humanos de los individuos, corrompiendo la democracia desde sus estratos más elementales. Es por esta razón, por la que se trata de un elemento denunciado y, por ende, prohibido en la mayoría de las convenciones internacionales de Derechos Humanos⁶¹, así como en los textos constitucionales.

⁵⁹ BUENO, G., “El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2003/B, p. 607.

⁶⁰ ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT) Y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, Editado por Centro por la Justicia y el Derecho Internacional / Asociación para la Prevención de la Tortura, Buenos Aires, 2008, p. 59.

⁶¹ De hecho, tanto la Declaración universal de los Derechos Humanos de la ONU en su art. 5 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 3 prohíben expresamente el uso de la tortura sobre cualquier ser humano.

Ahora bien, ¿qué se entiende por tortura? Se trata de un concepto muy abstracto y subjetivo, el cual ha sido sometido a una compleja evolución a lo largo de los años. Debemos remontarnos al caso Dinamarca, Noruega, Suecia, Países Bajos c. Grecia. En dicho caso, se acusaba a Grecia de haber inferido golpes en los pies con una barra de metal o de madera conocida como “falanga” o “bastimado”, el cual inflinge un gran dolor pero que no deja algún tipo de señal⁶².

Dicha sentencia es de suma importancia debido a que en ella es la primera vez que la Comisión Europea de Derechos Humanos ofrece una definición del término tortura, trazando la diferencia esencial con respecto a “trato inhumano”. De acuerdo con la misma, se entenderá por trato inhumano “configurado como forma menos grave que la tortura- es definida por la misma Comisión en base al principio de que «provoca graves sufrimientos mentales o físicos»”⁶³. Mientras que se interpretará como tortura “tratamiento inhumano que tiene por finalidad, por ejemplo, obtener informaciones o confesiones o infligir una pena y es generalmente una forma agravada de tratamiento inhumano”⁶⁴. Asimismo, estas conductas pueden catalogarse de “degradante”, cuando “lo humilla de forma grosera frente a otros o lo lleva a actuar contra su voluntad o conciencia”⁶⁵.

Es decir, el Tribunal comprende que una conducta es requisito de la siguiente, siendo la más básica la del trato inhumano. Pero no traza la principal distinción en la gravedad de la conducta y del sufrimiento infligido a la víctima, sino que en realidad el elemento diferenciador no es otro que un elemento subjetivo específico, esto es, un fin: el de conseguir información o imponer un castigo.

Sin embargo, la doctrina del TEDH cambia de criterio con el caso Irlanda c. Reino Unido. En la sentencia, el Tribunal afirma que no es necesario que la tortura persiga un

⁶² BUENO, G., “El concepto de la tortura y ...”, Op. Cit., p. 605.

⁶³ MAQUEDA ABREU, M. L., “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Penal y otras ciencias penales*, tomo 39, fasc/mes 2, 1986, p. 434.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 431.

⁶⁵ BUENO, G., “El concepto de la tortura ...”, Op. Cit., p. 606.

fin, sino que lo que lo diferencia del trato inhumano es la gravedad en sí, ya que las cinco técnicas carecían del estigma especialmente cruel que caracteriza la tortura⁶⁶.

La sentencia fue recibida con dudas entre la doctrina internacional, poniendo en tela de juicio el nuevo criterio establecido por el Tribunal de Estrasburgo. No obstante, años más tarde el Tribunal de Estrasburgo vuelve a cambiar de criterio. Con la llegada del caso *Selmouni c. Francia* se incluye por vez primera la definición de tortura dada por la Convención contra la Tortura de la ONU, según la cual tortura será “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas o que sean inherentes o incidentales a éstas”⁶⁷.

El elemento subjetivo específico pues, vuelve a ser el factor determinante para identificar un trato inhumano como tortura. A la luz de esta nueva definición, las cinco técnicas que empleaba Reino Unido contra los terroristas del IRA sí que serían considerados de tortura⁶⁸. Ante la desconcertante situación el Tribunal se excusó con la siguiente fórmula: “ciertos actos que se clasificaban en el pasado como “tratos inhumanos y degradantes” por oposición a la tortura podrían pasar a clasificarse de manera diferente en el futuro”. De esta forma, se vuelve así al criterio anterior.

Así, nos encontramos ante un Derecho Penal restrictivo, carente casi totalmente de garantías procesales al quedar todo sujeto al arbitrio de la policía por la falta de

⁶⁶ ROIG TORRES, M., “Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «tortura de rescate» (Rettungsfolter)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 11, enero de 2014, pp. 309 y ss.

⁶⁷ Art. 1, *Convención Contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas*, en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf

⁶⁸ PASTOR RIDRUEJO, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos”, en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n.1, 2007, p. 248.

intervención y tutela judicial. Un panorama que, movido por un enemigo difícil de detectar, y mucho menos de prevenir, empuja a los Estados a desconfigurar los principios y los estándares del Derecho Penal tradicional, mutando este en un Derecho Penal sucesáneo, que protege bienes jurídicos cada vez más abstractos y cuestionables.

3.3. “Le Brigate Rosse” y el resurgir de las bandas terroristas de corte anarquistas

3.3.1. El origen y desarrollo de “le Brigate Rosse”

Los setenta en Italia se caracterizaron por ser un periodo muy convulso. El surgimiento de distintos grupos terroristas llevó a que a estos años se les diera el nombre de “anni di piombo”. En efecto, los años de plomo asfixiaron a la población y al gobierno italiano hasta finales de los 80, repitiéndose de forma sucesiva la celebración de distintas leyes penales, de carácter urgente que después se introdujeron en el Código Penal italiano como modificaciones.

Con la Guerra Fría como trasfondo político y la aparición simultánea diversos fenómenos terroristas a nivel mundial, tales como ETA o IRA⁶⁹, se crea el caldo de cultivo perfecto en el que aparecerán “le Brigate Rosse” (en adelante BR).

Con el objetivo de defender al proletariado de la opresión capitalista, le BR nace como un grupo revolucionario formado principalmente por personas del sector estudiantil. Al principio, aunque usaban artefactos explosivos, sus objetivos no eran personas en sí, sino causar una gran conmoción y llamar la atención de la población, así como la de las autoridades e instituciones estatales. Un ejemplo de esto es el ataque dirigido en la Pista Pirelli de Lairate el 25 de enero de 1971, en el que se contabilizó la destrucción de tres vehículos⁷⁰.

⁶⁹ VENTURA, A., *Per una storia del terrorismo italiano*, Ed. Donzelli, Roma, 2010, pp. 38 y ss.

⁷⁰ CANOSA, R., *Storia della criminalità in Italia dal 1946 a oggi*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1995, p. 150.

No obstante, paulatinamente la estructura y *modus operandi* de este grupo terrorista irá desarrollándose, dirigiéndose contra las personas y utilizando un método peculiar en sus acciones.

Así, el 3 de marzo de 1972 un grupo de las BR secuestra al ingeniero Macchiarini, dirigente de la sede de Siemens en Milán al que dejarán en libertad horas más tarde⁷¹. Desarrollan la estrategia de “golpear a uno para educar a cien”, en la que, mediante el secuestro de un individuo y con la celebración de un “juicio” aplican un “castigo” a dicho sujeto.

En origen secuestraban a civiles, personas que por sus cargos o posición en la sociedad las BR identifican como un enemigo del proletariado al que se le tiene que dar una lección en favor de la revolución de la izquierda. De esta manera fueron secuestrados varios dirigentes de empresas, pero sin más consecuencias que mostrar un comportamiento desafiante con el objetivo de educar a los artífices del capitalismo.

No obstante, a partir de 1974 se dibuja un nuevo panorama. Las BR abandonarán los “secuestros relámpagos” para llevar a cabo ataques más contundentes, los cuales comenzarán a dejar víctimas mortales.

Podemos diferenciar a partir de entonces tres fases: *propaganda armata*⁷²; *Guerra Guerreggiata*⁷³; *Attacco al cuore dello Stato*⁷⁴.

1ª) Fase de la propaganda armada

Esta fase se corresponde con los inicios de la banda terrorista, en la que busca delinear su estilo y estructura y que ya se ha explicado previamente. Se enarbola entonces el uso ejemplar de la violencia, llegando a ser su principal acción relevante el secuestro del magistrado Sossi⁷⁵.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² MARLETTI, C., “Uccidere in nome delle idee: Continuità e mutamenti del terrorismo ideologico e politico degli anni settanta e ottanta”, en *Il Piemonte e Torino alla prova del terrorismo*, Ed. Rubettino, 2006, p. 31.

⁷³ *Ibidem*, p. 32.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 31.

Es la primera vez que las BR dan un salto cualitativo y deciden atacar directamente a autoridades estatales, en forma de metáfora para atacar al Estado en sí. En su secuestro, las BR exigen del gobierno la liberación de ocho integrantes de la organización “XXII ottobre”. Tras ocho comunicados expedidos por las BR el magistrado Coco cede y otorga libertad provisional a dichos sujetos. No obstante, poco después son encarcelados de nuevo al entenderse que Sossi “no había sido liberado completamente”⁷⁶.

2ª) “Guerra Guerreggiata”

Inspiradas en las guerrillas de Latinoamérica, los ataques de las BR ya comienzan a dejar víctimas mortales. Después de que Coco revocase la libertad condicional de los ocho integrantes del 22 de octubre, las BR se sentían traicionadas.

Así pues, comienzan a tramar su venganza, y el 8 de junio de 1976 el magistrado Coco es acribillado a balas junto a sus guardaespaldas cuando tomaba el camino de regreso a su casa⁷⁷.

3ª) “Attacco al Cuore dello Stato”

Es en este momento en el que las BR son conscientes de su impacto y sus ataques ahora son más violentos, buscando desestabilizar la estructura estatal. Ya sus objetivos no son estrictamente civiles, sino que tratan de darle un simbolismo al modo en el que lo hicieron los terroristas anarquistas de la primera oleada, por lo que en sus listas de objetivos se integran ya magistrados, militares y políticos principalmente.

Sin embargo, e indudablemente la acción por la que será conocida la banda terrorista italiana será por el secuestro y posterior asesinato de Aldo Moro, el Primer Ministro de Italia por aquel entonces, y presidente del Partido “Democrazia Cristiana”. Cuando el Primer Ministro italiano se dirigía de camino al parlamento, un grupo de

⁷⁶ MELCHIONDA, A., *Piombo contro la giustizia. Mario Amato e i magistrati assassinati dai terroristi*, Ed. Pendragon, Bologna, 2010, pp. 15 y 16.

⁷⁷ POLLINI, L., *I settanta: gli anni che cambiarono l'Italia*, Ed. Bevivino, Milano, 2005, p. 85.

brigadistas interceptaron su vehículo y, con el asesinato de sus guardaespaldas y del chófer, secuestran a Aldo Moro⁷⁸.

Durante su cautiverio, fueron varias las oportunidades que los terroristas dieron al gobierno para que salvaran la vida de su primer ministro. No obstante, y aunque incluso Moro escribió una carta al Papa, el gobierno no cedió a los chantajes de los brigadistas.

Finalmente, le BR dictaron un veredicto, determinando la pena de muerte para Moro. Días después, el presidente del partido Democrazia Cristiana aparece muerto en el maletero de un vehículo.

Como parece lógico, a lo largo de estos años de plomo, se promulgaron numerosas normas penales en materia terrorista. Debido a la psicosis social institucional causada por los diferentes ataques por parte de las BR, el Estado italiano comenzó a legislar de forma urgente, explicando este apremio la gran proliferación de normas penales especiales durante los 70'.

No obstante, al gran número de normas, dos de ellas destacan por las novedades que introducen y el cambio de rumbo en la política criminal del país. Estas son:

- La Legge Reale, n. 152.
- La Legge Cossiga, n. 625.

La Legge Reale, n. 152, fue propuesta entre 1974 y 1975 por Oronzo Reale, por aquel entonces ministro de Justicia y Gracia. Se trata de una norma que intensificará los apoyos a las fuerzas del orden y de la magistratura en la lucha contra el terrorismo.

Permite así, el uso de las armas por parte de las Fuerzas del Orden Estatales para en cualquier caso impedir la comisión de los delitos de matanza, naufragio, desastre aéreo ferroviario, homicidio doloso, atraco a mano armada y secuestro de personas⁷⁹. El *modus operandi* de las BR hizo que el legislador focalizado su atención en esta conducta,

⁷⁸ MELCHIONDA, A., *Piombo contro la giustizia...*, Op. Cit., p. 26.

⁷⁹ MINNA, R., *Terrorismo degli anni '70/'80, crimini associati, norma penali e politica del diritto: Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Ed. Giuffré, Milano, 2007, p. 89.

produciéndose desde entonces el protagonismo de esta conducta en los distintos decretos que serán promulgados.

El aumento de la duración de la detención también será una medida introducida para combatir el terrorismo. Y es que se permitirá la detención por 48 horas a aquellas personas que sean sospechosas de delitos con penas superiores a seis años de cárcel o por la tenencia de armas de guerra⁸⁰.

Sin embargo, la gran revolución vino de la mano de la conocida como Legge Cossiga, n. 625. Ya su título denota una gran preocupación y tintes de desesperación por la situación que escapaba al control de los poderes públicos italianos. Así, el secuestro y posterior asesinato del presidente Aldo Moro derivaron en la promulgación del Decreto Ley de 15 de diciembre, sobre “medidas urgentes para la tutela del orden democrático y de la seguridad pública”. Este Decreto Ley se convertirá posteriormente en la Ley 15 de 6 de febrero de 1980. Esta Ley establece una cobertura mayor a la policía, y es que se crea el Grupo de Intervención Especial en el seno de los carabinieri, además del NOSC, Núcleo Operativo Central de Seguridad, dependiente de la policía italiana⁸¹.

Entre las modificaciones penales destacan la reforma de uno de los preceptos y la introducción de un nuevo tipo penal.

Y es que en el art. 270 *bis* CP⁸² se introduce la finalidad de “terrorismo”, diferenciándose así del fin subversivo del orden democrático. DE acuerdo con esta modificación se entenderá por terrorismo “todo aquel ataque indiscriminado contra el gobierno, instituciones, organizaciones, caracterizado por el uso reiterado y sistemático de medios violentos contra personas o cosas destinados a inducir o crear una situación de terror y miedo”⁸³; mientras que por subvertir se entenderá “toda aquella serie de métodos de lucha política utilizados para desestabilizar el orden constitucional, es decir, el complejo de principios y estudios sobre los que se funda un Estado”⁸⁴.

⁸⁰ Regio decreto-legge 19 ottobre 1930, n. 1398, in materia di “*Approvazione del codice penale.*”, art. 238.

⁸¹ BALBO, P., *Il terrorismo: le fattispecie di un reato in evoluzione nelle disposizioni italiane ed internazionali*, Halley Editrice, Matelica, 2007, pp. 57 y ss.

⁸² *Ibidem*, p. 22.

⁸³ FOTIA, D., *Terrorismo... per non adetti ai lavori*, Ed. Nuova Cultura, Roma, 2012, p. 133.

⁸⁴ *Ibidem*.

No obstante, la novedad más impactante viene por parte de la introducción del nuevo tipo del art. 289 CP. Mediante el cual, se castiga el secuestro de personas con fines terroristas o de subversión. Se trata por lo tanto de un tipo cualificado. Este dolo específico no protege solo a la persona víctima del secuestro, conducta recogida la literalidad del art. 630 CP, sino que su bien jurídico va mucho más allá⁸⁵.

El objetivo y la tendencia que pretendían lograr era clara, la defensa a toda costa de las instituciones y estructuras del Estado de Derecho. Desde el secuestro y posterior asesinato de Moro, la política criminal se dirigió a una parcela del Derecho Penal más restrictiva, más represiva y con menos garantías al reo.

Esta situación dio lugar al fenómeno que tomaría el nombre de “pentiti”.

3.3.2. Combatir el fuego con el fuego: la controvertida legislación premial de los llamados “pentiti”

Como se ha podido apreciar de la exposición sobre los duros años en los que Italia sufrió el azote del terrorismo, no fueron pocas las leyes de emergencia que se adoptaron durante tal periodo. Dicha legislación no estuvo exenta de críticas, ya fuera por su carácter de urgencia a la hora de adoptar medidas que comprometían los más importantes Derechos Fundamentales como por las medidas adoptadas que ponían en duda su constitucionalidad.

Uno de los fenómenos más controvertidos durante esta época fueron los llamados “pentiti” a los que el legislador italiano garantizaba una serie de beneficios procesales y de pena a cambio de determinados comportamientos. Los llamados “pentiti”, o lo que es lo mismo, “arrepentidos”, figuraban como aquellas personas que, como su propio nombre indica, se arrepentían de los actos que habían cometido de corte terrorista y “subversivo”, renegando a su vez del mantenimiento de una relación (ya fuera objetiva o subjetiva) con la misma banda o grupo terrorista.

Para intentar sacar beneficio de este fenómeno, y al mismo tiempo, aunar apoyos para la lucha contra el terrorismo italiano, el legislativo elaboró una normativa de carácter

⁸⁵ BELTRANI, S., *Codice Penale: Il reato. Libro 1, art. 39-58 bis*, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, p. 365.

urgente⁸⁶ en las que se reguló (y creó) una nueva figura en el proceso penal: el pentito (el arrepentido). Desde la ley Cossiga en 1979 hasta la actualidad, varias han sido las normas que han regulado este fenómeno, siendo todas ellas rechazadas por la doctrina por su falta de conciliación con las garantías y los derechos democráticos. Y es que como admite BERNARDI, “en Italia la seguridad ha sido tradicionalmente considerada, antes que nada, como una *finalidad* que justifica *limitaciones* a la libertad en sus diversas formas; seguridad, por tanto, como límite a los derechos individuales, incluyendo aquellos de matriz constitucional”⁸⁷.

Y este es el reflejo de las normas de Derecho Penal premial. El primer referente en esta disciplina penal la encontramos en la Legge Cossiga del 1979. De acuerdo con su art. 4, aquellos que rechazaban por completo la lucha armada y cualquier relación con la banda o grupo terrorista, al tiempo que “ayudaban” a evitar la llamada “actividad delictiva” mediante la facilitación de pruebas que contribuyan a tal fin recibirían beneficios procesales y reducción en la pena. Es decir, la propia norma no solo exigía una desvinculación objetiva y subjetiva con la banda o grupo terrorista, sino que al mismo tiempo compelia a dicho sujeto a la individualización (identificación) de otros miembros del grupo terrorista y/o bien a aportar información o reunir pruebas para la prevención de la actividad delictiva⁸⁸. El “premio” al que aspiraban con la disociación y el aporte de información consistía bien en una reducción de la condena hasta llegar incluso a la no punibilidad⁸⁹.

⁸⁶ Estas leyes de “arrepentidos” tenían carácter temporal, aunque era bastante común ampliar la vigencia de las mismas. Así, y como deduce ROJAS LÓPEZ, “hace pensar que el legislador tiene sus reservas o dudas de su validez o eficacia, no consagrándose definitivamente en los sistemas jurídicos penales”. *Vid.*, ROJAS LÓPEZ, F., “Alcances y cuestiones Generales del Procedimiento Especial de colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Derecho y Sociedad*, n. 39, 2012, p. 57.

⁸⁷ BERNARDI, A., “Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea”, en *Revista Política Criminal*, vol.5, n. 9, 2010, p. 70.

⁸⁸ PARRINI, D., “Capitolo primo. L'evoluzione normativa premiale: decretazione d'urgenza antiterroristica e antimafia”, en *ADIR. L'altro diritto*, en: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2007/parrini/cap1.htm>

⁸⁹ El art. 1 de la llamada Legge Cossiga de 1979 determina que se “garantiza la no punibilidad para aquellos que habiendo cometido un delito de tipo asociativo o de pertenencia, con finalidad de terrorismo o de subversión del ordenamiento constitucional y sin haber cometido a la concreta actuación de un delito relacionado a la asociación o la banda, antes de la sentencia definitiva condenatoria, deshaga o determine la disolución de la determinada asociación o de la banda, o bien rescinda del acuerdo, se retire de la asociación o de la banda”. *Vid.*, GENNARO, P., “Il terrorismo politico e il diritto penale premiale: nuove modalità attraverso cui percorrere la strada alla democrazia”, en *Cammino diritto. Rivista di informazione giuridica*, 2016, en: <https://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=1118>

El mecanismo está claro. El legislador, en un intento desesperado por acabar con la violencia política que en los llamados *Anni di Piombo* asolaba Italia, decide sacrificar la punibilidad de aquellos que, a través de la colaboración con las instituciones públicas ayuden a la investigación de la actividad delictiva de la banda o grupo terrorista aportando información relevante al tiempo que declara (y se compromete) a la desvinculación de la banda o grupo terrorista o bien disolviendo dicha estructura terrorista. A simple vista puede parecer un mecanismo bastante simple e incluso útil, pero en realidad el sistema del derecho de los *pentiti* ha planteado numerosos problemas doctrinales.

Concentrémonos en primer lugar en la exigencia de “disociación”, o lo que es lo mismo, la conducta de desvinculación con la banda o grupo terrorista. Dicha conducta consiste en “romper” con las relaciones y los dogmas de la estructura terrorista, ya sea de forma física u objetiva interrumpiendo toda comunicación y concurrencia, así como también se exige una desvinculación “mental” o subjetiva, es decir, rechazar el ideario afín a la banda o grupo terrorista. En primer lugar, la no asistencia a las reuniones o el simple cese de la comunicación con los demás integrantes de la banda parece en realidad sencillo de corroboración, que en muchas ocasiones incluso no existe otra alternativa al encontrarse muchos de los sujetos bajo arresto o detención. Ahora bien, el sujeto tiene que rechazar también el pensamiento que anteriormente compartía con la banda terrorista, con el fin de que en realidad el arrepentimiento sea completo y válido. Sin embargo, y como bien apunta el profesor MUSCO, “el fuerte componente de subjetivismo que la penetraba había empujado a algún autor de la doctrina a sospechar de la reaparición de espectros del pasado, es decir, “la inadmisible apertura hacia un Derecho Penal del tipo de Autor”⁹⁰. Se trata de la problemática ya tradicional e intrínseca a los delitos de pertenencia a grupo u organización terrorista. No solamente se configura como un tipo penal de difícil conciliación con el Derecho Penal de Garantías, sino que además su

Asimismo, aquellas conductas que “no figuren en el primer apartado del art. 1, y hayan cometido delitos conexos relacionados con armas, municiones o explosivos, exceptuando los delitos de “importación, exportación, secuestro o robo” los delitos localizados en los Capítulos II, III y IV del Título VII del libro II del Codice penale, al igual que aquellos que hayan cometido uno de los delitos previstos en los art. 307, 378 y 379 del Codice penale si estos aportan información del encubrimiento cometido”, no serán tampoco punibles dichas conductas. *Vid.*, GENNARO, P., “Il terrorismo politico e il diritto penale premiale...”, *Op. Cit.*, p. 5.

⁹⁰ MUSCO, E., “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, en *Revista Penal*, n. 2, 1998, pp. 39 y 40.

corroboración resulta casi imposible, solamente siendo esta posible con la manifestación de una conducta acorde con el tipo delictivo.

Para esto, el legislador italiano ya previó una solución. Y es que no bastaba con el mero arrepentimiento, sino que, además, para demostrar este sentimiento era necesario suministrar información veraz y relevante para la investigación criminal⁹¹. Es aquí donde reside la verdadera política criminal de la norma que en realidad perseguía el legislador italiano de finales de los 70. El Estado necesita y quiere disponer de información, toda la posible y relevante para poder acabar con la actividad violenta de corte político, especialmente aquella información que arroje luz sobre la estructura y organización de la asociación o de la banda⁹². Es aquí donde se encuentra el mayor escollo y polémica: la “información” debía ser aportada en modo de declaración, y además de forma espontánea⁹³.

El concepto “relevante” se considera uno de los elementos más polémicos de la redacción de dicha norma. El grado de relevancia “suficiente” lo determina la autoridad judicial, que además decidirá en base a la calidad y utilidad de la información si dotar al arrepentido de los beneficios reservados en tal circunstancia⁹⁴.

Ahora bien, ¿qué ocurría si en realidad la información que el sujeto aportaba no era relevante para la investigación criminal o bien ya era conocida por los magistrados y la autoridad policial? Este escollo presentaba una circunstancia de discriminación ante los distintos “arrepentidos”, favoreciendo en un nivel más alto a aquellos que hubiesen estado en mayor contacto con la organización criminal. Para paliar esta desigualdad y dar firmeza a que la intención del Estado italiano no era otra que el fin de la lucha armada

⁹¹ Y así lo considera PARRINI de forma muy acertada al declarar que “los criterios de política criminal seguidos por el legislador en relación con los art. 4 y 5 del Decreto Legge son dos: de un lado, ofrecer contra-estímulos a la consolidación de la actividad delictiva, teniendo en cuenta para ese fin, *quad poenam*, de una conducta que se pone en una dirección opuesta al respeto de la finalidad delictiva perseguida; y por otra parte, minar desde adentro los grupos terroristas, mediante el la apreciación de la colaboración que el culpable proporciona a la policía y a la magistratura”. *Vid.* PARRINI, D., “Capitolo primo. L'evoluzione normativa premiale...” *Op. Cit.*, en: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2007/parrini/cap1.htm>

⁹² SANTOS ALONSO, J. / DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Los colaboradores de la Justicia en Italia”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 10, n. 20, 2011, p. 75.

⁹³ LAUDI, M., *I casi di non punibilità dei terroristi “pentiti”*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983, p. 26.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 43.

política y subversiva se redacta en 1987 se crea la figura de la disociación, que consistía tan solo en declarar su rechazo y desvinculación a la estructura terrorista⁹⁵.

Ahora bien, estas “confesiones” en numerosas ocasiones han traído fatídicas consecuencias. La información aportada en muchas ocasiones no se basaba en pruebas contundentes, llegando incluso a arrestar a personas con la sola “base de las afirmaciones de estos terroristas arrepentidos, sin tener indicios suficientes”⁹⁶. De esta manera, la propia presunción de inocencia y la aportación de pruebas para desvirtuar dicho principio quedan así deslegitimados, convirtiendo el proceso en arbitrario y fuera de la cobertura democrática.

No solamente este era el problema de la información aportada por los *pentiti*. La información es un recurso peligroso y más cuando se halla en manos de un sujeto que está dispuesto a todo para conseguir réditos a su favor. Y así expone el problema el profesor MUSCO al declarar que no siempre los *pentiti* contaban la verdad, sino que en muchas ocasiones estos contaban a la autoridad judicial “aquello que creen que el magistrado quiere escuchar”, pudiendo a su vez involucrar falsamente a personas que nada tienen que ver con la actividad delictiva de los grupos organizados⁹⁷. Se convertiría pues en un recurso de “guerra sucia” política, en el que se instrumentalizaría al delincuente en favor de intereses políticos, algo muy peligroso para la integridad del sistema penal y el Estado de Derecho en general.

Para evitar este problema, el legislador italiano decide crear un recurso para su solución. Esta solución consiste en “la revisión de la sentencia en contra del condenado, bajo petición del fiscal general de la Corte de apelación en cuyo distrito ha sido pronunciada, en caso de que la atenuante de la colaboración haya sido concedida por efecto de declaraciones falsas o incluso ambiguas”⁹⁸.

⁹⁵ BUESA, M., “Arrepentidos y disociados”, en *Libertad digital*, julio de 2013, en: <https://www.libertaddigital.com/opinion/mikel-buesa/arrepentidos-y-disociados-69067/>

⁹⁶ FILIPPI, G., “La «legge Cossiga» sull'ordine pubblico”, en *Rivista “il Margine”*, n. 4, 1981, p. 31.

⁹⁷ MUSCO, E., “Los colaboradores de la justicia ...”, Op. Cit., p. 41.

⁹⁸ En esencia, el fiscal general puede proponer la revisión de la sentencia condenatoria en el caso en el que se demuestre que la información aportada por el sujeto no es veraz, constituyendo además un delito de calumnias. Este mecanismo no aporta seguridad jurídica y, a su vez, infringiendo el principio de “*non bis in idem*”, constituyendo incluso una sanción ulterior. Vid. MUSCO, E., “Los colaboradores de la justicia ...”, Op. Cit., p. 41.

No acaban aquí los problemas generados por la legislación penal de los *pentiti* en Italia, pero sí se han señalado los más relevantes e interesantes. Este panorama refleja, sin embargo, las consecuencias nefastas que lleva las decisiones precipitadas y sin tener en cuenta los principios y valores del Estado de Derecho y su sistema penal. Estas consecuencias se declinan en abusos de la misma autoridad, instrumentalización de la justicia en pos de favores políticos y, en esencia la corrupción de la democracia. Como se verá en los próximos epígrafes, el terrorismo es un fenómeno que recurrentemente pone a prueba el sistema penal, forzando al Estado a escoger el camino más rápido y, a simple vista eficaz, pero olvidando en todo momento las graves repercusiones en la calidad democrática.

3.4. ETA: la lacra de la democracia española

Durante los años 70 y 80 España también fue víctima del fustigamiento del terrorismo. ETA, la banda terrorista que más ha hostigado tanto al Estado español y sus instituciones, como a la sociedad del mismo territorio.

ETA, junto con IRA, se caracteriza por perseguir un fin separatista y por su larga duración. De esta manera, la banda terrorista nace el 31 de julio de 1959 durante la dictadura de Franco⁹⁹, continuando en la transición y actuando a lo largo de la democracia.

En sus inicios se reducía a una suerte de movimiento cultural y propagandístico. Este movimiento tenía el propósito de revivir las ideas nacionalistas vascas de Sabino Arana¹⁰⁰.

No obstante, y como se expondrá en esta parte del estudio, el perfil ideológico de ETA ha evolucionado y mutando con el paso del tiempo, sentando sus bases en ciertos documentos, fruto de las distintas reuniones a las que llamarán “asambleas”.

⁹⁹ RODRÍGUEZ ROMÁN, R., “Orígenes de ETA y su desarrollo durante el Franquismo”, en *Revista de Claseshistoria*, n. 101, 2010, p. 6.

¹⁰⁰ JAVATO GONZÁLEZ, V.M., “ETA. Origen e ideología”, en *Ab Infinito*, n. 3, 2011, p. 154.

Aunque son varias, las más importantes y a las que se hará referencia a continuación son en esencia dos: la IV Asamblea y la V Asamblea.

Fue en la I Asamblea en la que se sentaron las bases de la banda terrorista, la IV Asamblea determinó la tendencia política de la banda junto con sus fines, además de fijar una estrategia táctica.

Así, celebrada en 1965, la IV Asamblea dio como fruto dos documentos muy relevantes¹⁰¹:

a) Carta a los intelectuales. En el que se hace un llamamiento a los intelectuales (poetas, artistas, entre otros) a sumarse a su corriente, además de denunciar la situación del País Vasco proponiendo una ideología izquierda de carácter marxista como solución.

b) Bases teóricas de la guerra revolucionaria¹⁰². En la misma precisan la táctica de “acción-represión-acción”.

La técnica en sí consiste en lo siguiente: en primer lugar, ETA comete una acción violenta. Ante este ataque, el Estado español actúa con un comportamiento contundente y represivo dirigido a la población en forma de fuerza policial o con medidas normativas restrictivas. Ante este panorama, la sociedad adopta una actitud de desaprobación y cada vez ve más atractiva la opción de la acción armada y la legitimación de sus ataques, llegando incluso a simpatizar con los ideales de la banda. De esta manera, y más reforzada, la banda terrorista vuelve a atacar, repitiéndose esta situación dentro de un círculo vicioso.

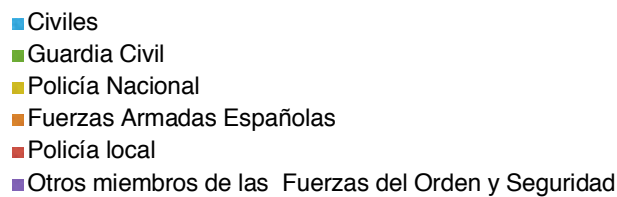
Esta estrategia resulta familiar si se dirige la vista a los últimos ataques relevantes en suelo europeo de la banda terrorista DAESH. El ejemplo más esclarecedor se materializa en el ataque del 13 de noviembre de 2015 en la sala Bataclán en París. Y es que, con esta acción, Francia no tardó en bombardear bastiones yihadistas en territorio sirio de forma indiscriminada, además de declarar el estado de excepción en todo el país

¹⁰¹ CASANOVA, I., *ETA, 1958-2008: medio siglo de Historia*, Ed. Txalaparta, Tafalla, 2007, pp. 52 y 63.

¹⁰² HERNÁNDEZ NIETO, M., “Ideología y estrategia de ETA. La acción violenta en los inicios de la organización”, en *Aportes*, n. 82, año XXVIII (2/2013), p. 71.

galo. De esta manera, se produjeron numerosas muertes de civiles en Siria, y detenciones masivas casi sin cobertura garantista en Francia, provocando el descontento social y ganando de esta manera más adeptos entre sus filas.

Desde el inicio de la actividad terrorista hasta su fin en 2011, ETA ha asesinado a un total de 853 personas¹⁰³. Aunque al principio sus víctimas respondían a un perfil concreto, fuerzas del orden como son la Guardia Civil y militares, ETA ha ido ampliando su objetivo, engrosando así de forma heterogénea su lista de víctimas mortales.

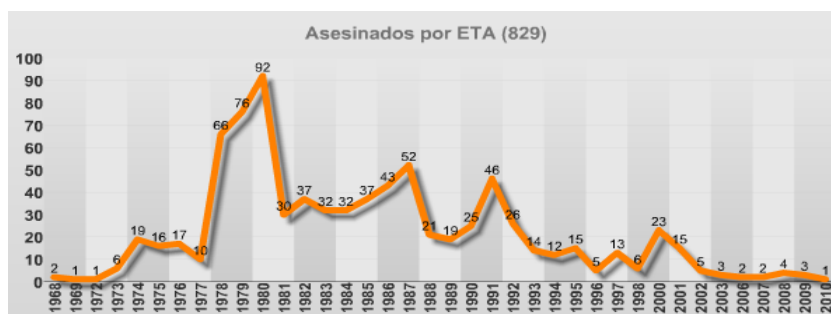


Fuente: Elaboración propia¹⁰⁴

¹⁰³ Aunque el Ministerio del Interior establece la cifra de 853 víctimas mortales por parte de ETA, la Asociación de Víctimas del Terrorismo afirma que la cifra asciende a un total de 856 víctimas mortales por parte de esta banda terrorista. “Víctimas de ETA”, en *Fundación Víctimas del Terrorismo*, en (última visita: 08/10/2018): <https://fundacionvt.org/victimas-de-eta/>

¹⁰⁴ “Fallecidos terrorismo indemnizados Ministerio interior”, en *Ministerio del Interior*, en (última visita: 27/02/2017): [http://www.interior.gob.es/documents/10180/1210621/fallecidos terrorismo indemnizados 02 01 2015.pdf/8e8df51d-947b-462a-a6d8-130e3f4d7f79](http://www.interior.gob.es/documents/10180/1210621/fallecidos+terrorismo+indemnizados+02+01+2015.pdf/8e8df51d-947b-462a-a6d8-130e3f4d7f79)

El número de víctimas mortales ha variado a lo largo de los años, siendo los más negros los años de la transición y los primeros de la democracia, para, con la llegada del nuevo milenio, ir desgastándose, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:



Fuente: Fundación Víctimas del Terrorismo¹⁰⁵

Indudablemente el declive de ETA se produce con el secuestro y posterior asesinato de Miguel Ángel Blanco.

El 10 de julio de 1997 ETA firma su sentencia de muerte al secuestrar al concejal del PP Miguel Ángel Blanco, teniendo una gran relevancia el tratamiento de la prensa de este caso¹⁰⁶. Desde entonces se abren las negociaciones entre los terroristas y el gobierno español a cambio de la vida del concejal. ETA exigía al Estado el envío de todos los presos de ETA al País Vasco, o de lo contrario asesinarían a Blanco en 48 horas¹⁰⁷.

Durante las horas siguientes al secuestro se sucedieron diversas manifestaciones de gran magnitud en respuesta a ETA. La sociedad se había identificado con Miguel Ángel

¹⁰⁵ "Víctimas de ETA", en *Fundación Víctimas del Terrorismo*, en (última visita: 08/10/2018): <https://fundacionvt.org/victimas-de-eta/>

¹⁰⁶ Efectivamente, el asesinato de Miguel Ángel Blanco supone un antes y un después en el tratamiento de los atentados de ETA por parte de la prensa. Así, mientras con anterioridad a este evento las portadas se concentraban exclusivamente en el atentado en sí, a partir de entonces toman más protagonismo las víctimas. Vid. CAMINOS, J.M. / ARMENTÍA Y FLORA, J.I., "El asesinato de Miguel Ángel Blanco como ejemplo de Key Event en el tratamiento mediático de los atentados mortales de ETA", en *Revista de Estrategia, Tendencias e Innovación en Comunicación*, n. 6, 2013, p. 158. Esto sin duda sirvió para conectar con la víctima y que se desarrollase empatía hacia este grupo, de forma que toda la sociedad podía identificarse con la víctima, siendo conscientes de que nadie estaba a salvo de la amenaza terrorista.

¹⁰⁷ ZARZALEJOS, J., "El secuestro y asesinato de Miguel Ángel Blanco", en *Jornadas secuestros y toma de rehenes por parte de grupos terroristas: prevención y respuestas*, 2011, p. 8. en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEWjHopzRI9fnAhVsQUEAHQgUALEQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fdialnet.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5734108.pdf&usq=AOVaw1ZCTikAeHy6IrmXBxH4pDe>

Blanco y, con las manos pintadas de blanco, pedían su liberación¹⁰⁸. No obstante, el gobierno español no cedió a los chantajes de los terroristas y el político popular aparecía muerto con dos tiros en la cabeza días después.

La noticia conmocionó al país. La sociedad entonces comprendió que ninguno de sus miembros era ajeno a sufrir el terror de ETA y que solamente con el rechazo y la lucha contra dicha banda se podría conseguir su cese¹⁰⁹.

Fueron muchas las normas de naturaleza urgente que surgieron en este periodo. El estudio de estas normas, además de aquellas anteriores a la época de la transición a la democracia serán objeto de desarrollo en el siguiente Capítulo. No obstante, conviene, al menos, hacer una somera referencia a las normas antiterroristas más relevantes aplicadas en este periodo histórico. La primera vez en la democracia española que se determinó qué se entendería por delito de terrorismo sería de la mano de la Ley 82/1978, por la que se interpretaba como delito de terrorismo una serie de actos delictivos, *numerus clausus* entre los que figuraba el asesinato, siempre y cuando hubiesen sido cometido por personas integradas en “grupos organizados y armados”. No se precisa pues, de un elemento finalístico, que en cambio sí deberá reunir un elemento estructural, esto es, que el sujeto que lleve a cabo el comportamiento esté integrado en un grupo terrorista¹¹⁰.

Sin embargo, la primera norma que reunió bajo un mismo texto legal normas penales referentes a la materia de terrorismo fue la LO 9/1984, haciendo especial referencia en los delitos de pertenencia y de colaboración con la organización o grupo terrorista¹¹¹.

¹⁰⁸ MARTÍN CUBAS, J., “Víctimas del terrorismo y legitimidad Democrática”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, Ed. Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, Valencia, 2013, p. 111.

¹⁰⁹ IBARRA, J. L., “Antonio Beristain: un vivo recuerdo”, en *Revista Eguzkilore*, n. 26, 2012, p. 25.

¹¹⁰ BOBILLO, F. J., “Constitución y legislación antiterrorista”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n. 48, noviembre-diciembre 1985, p. 62.

¹¹¹ LAMARCA PÉREZ, C., “La última recepción de la normativa antiterrorista”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42, fasc./mes 3, 1989, p. 969.

A medida que fue madurando la democracia fue asimismo creciendo el catálogo de delitos de terrorismo en el Código Penal Español, entrando este en vigor en 1995 y figurando entre sus Capítulos uno dedicado a los delitos de terrorismo.

No obstante, una de las grandes reformas en esta materia ha sido la que se configuró con la LO 2/2015, por la que se engrosó muy ampliamente el catálogo de delitos de terrorismo, advirtiendo la doctrina de la ambigüedad de sus términos y la amplitud de sus supuestos. Es en esta reforma donde además se tipifica por primera vez el nuevo delito de autoadocctrinamiento, el cual es objeto de estudio en esta tesis.

De esta manera, gracias al rechazo social junto con las nuevas estrategias de las Fuerzas del Orden y de Seguridad, las medidas legislativas adoptadas, las resoluciones judiciales ejecutadas, y las decisiones políticas tomadas, ETA anuncia su alto el fuego definitivo el 20 de octubre de 2011. España ha conseguido derrotar al terror.

4. La cuarta Oleada: DAESH, un nuevo paradigma

La cuarta oleada tiene lugar a partir de 1979 y aún hoy en día persiste. Se trata del terrorismo al que los Estados se enfrentan en la actualidad no sin dificultades, ya que no se basan en los esquemas tradicionales por los que se caracterizaban los otros grupos terroristas.

El motor o energía en la que se basa esta vez es la religión¹¹². Aunque muchos han sido los grupos terroristas que han actuado bajo el estandarte de distintas religiones, se hace patente que el que ha causado más impacto ha sido el terrorismo de corte yihadista.

Pero, el terrorismo yihadista¹¹³ al mismo tiempo se desgrana en distintas organizaciones. No obstante, y de acuerdo con el interés de esta investigación se hará referencia en exclusiva a AL-QAEDA y a DAESH.

¹¹² RAPOPORT, *The four waves...*, Op. Cit., p. 61.

¹¹³ El término "yihadista" proviene de la palabra "yihad". Yihad significa esfuerzo, y es el sexto prefecto que los musulmanes deben cumplir de acuerdo con el Islam. Sin embargo, y aunque cada uno de los musulmanes debe hacer

4.1. AL-QAEDA

El grupo terrorista que protagonizó los atentados contra las Torres Gemelas en Nueva York el 11 de septiembre de 2001, surgió en Afganistán en 1988 de la mano de Osama Bin Laden¹¹⁴. Influido por ideales conservadores de los islamistas del siglo XX, especialmente por parte del egipcio Sayyid Qutb¹¹⁵, el yihadismo rechaza todo aquello relacionado con el mundo occidental y con aquellos musulmanes que no sigan la doctrina de la Sharia¹¹⁶.

AL-QAEDA se definió desde sus inicios como internacional, y así lo demostró con el ataque terrorista de más magnitud en suelo occidental. El 11S puso en jaque a la comunidad internacional, especialmente a Estados Unidos, quien se movilizó en todos los sectores posibles encabezando la lucha contra el terrorismo.

Sin embargo, AL-QAEDA no solo atacó en suelo estadounidense. tan solo tres años después, el terror posó su vista en Europa, más concretamente en terreno español. El 11 de marzo de 2004 a las 7.37 una serie de artefactos explosivos detonan en distintos trenes de cercanías en Madrid y en localidades colindantes. El resultado fue el atentado más grave en suelo europeo: 195 fallecidos y al menos 1600 heridos¹¹⁷.

A partir de entonces, Estados Unidos y la Unión Europea unen fuerzas y esfuerzos con las distintas Organizaciones Internacionales para frenar la amenaza terrorista y erradicar dicha lacra. Los resultados pronto aparecieron, AL-QAEDA pierde fuerza

la yihad, los yihadistas la entienden en un sentido violento, conocida también como “yihad externa”. Para más información, Vid. BALLESTEROS MARTÍN, M. Á, *Yihadismo*, Ed. La Huerta Grande, Madrid, 2016.

¹¹⁴ VELASCO TUDURI, S., “AL-QAEDA: Origen, evolución y presencia hoy en el mundo”, en *Cuadernos de Estrategia*, n. 163, 2013, p. 159, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4473774>

¹¹⁵ AVILÉS FARRÉ, J., *El terrorismo en España: de ETA a Al-Qaeda*, Ed. Arco, Madrid, 2010, pp. 61 y ss.

¹¹⁶ La Sharia es el derecho musulmán clásico, en otras palabras, es el ordenamiento jurídico, compuesto por diferentes directrices que sirven de normas jurídicas. Para más información Vid. DE MARISCAL Y SERRANO, J. G., “Islam, Shari’a, democracia y Derechos Humanos”, en *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 6, n. 16, 2008, p. 89.

¹¹⁷ “Víctimas del 11M”, en *Fundación de Víctimas del Terrorismo*, en (última visita: 01/11/2019): <http://fundacionvt.org/victimas-yihadismo/>

debido a las bajas en sus filas, fundamentalmente por la muerte del 75% de sus líderes, ligado además a la destrucción de campamentos de adiestramiento¹¹⁸.

Mas el golpe más letal al corazón de la organización terrorista AL-QAEDA tuvo lugar el 2 de mayo de 2011. Un grupo de miembros del ejército estadounidense logra dar muerte a Osama Bin Laden. Ante esto, toma el liderazgo en sustitución Ayman Al-Zawahiri¹¹⁹.

Desde entonces, AL-QAEDA continua activa, aunque más debilitada por la aparición de un nuevo factor en el escenario internacional: DAESH.

La amenaza terrorista provocó al mismo tiempo un cambio en la tendencia de la política criminal. El derecho Penal se tornó más severo. Es a partir del 11S y del 11M, y tanto a nivel internacional como nacional, cuando se dispara la proliferación de la creación de nuevos tipos penales de peligro abstracto. La barrera de punibilidad asimismo se adelanta, no esperando ya a realización de una conducta, sino que se comienzan a tipificar conductas anteriores que presumen la ejecución de ciertos actos graves contra el Estado y las personas. Estos bienes jurídicos, se caracterizan por ser cuestionables en cuanto a su adecuación en los principios penales, especialmente con el principio de lesividad y el principio de intervención mínima. Consecuentemente tiene su repercusión en la restricción de las garantías procesales y el deterioro de los Derechos y Libertades Fundamentales. Todo ello, en favor de la seguridad de las propias estructuras e instituciones estatales y para preservar del orden público.

4.2. DAESH

Actualmente, la organización terrorista DAESH¹²⁰ ha logrado eclipsar a AL-QAEDA. La crueldad de sus ataques y la atractiva propaganda que aúna adeptos

¹¹⁸ MOGHADAM, A., "La evolución de AL-QAEDA", en *III Jornadas Internacionales sobre terrorismo y antiterrorismo*, 2008, p. 2, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5748793>

¹¹⁹ GHOTME, R. A., "La reconducción estratégica de AL-QAEDA: ¿del liderazgo de Osama Bin Laden a la dimensión masiva-popular?", en *Revista Civilizar*, 11, n. 22, 2012, p. 112.

¹²⁰ Dichas siglas quieren decir Estado Islámico de Irak y el Levante.

fácilmente en cualquier parte del mundo y de distintas culturas, ha conseguido colocar a esta organización terrorista en el centro de las amenazas internacionales.

En 2006 Abu Musab Al Zarqawi, líder del grupo terrorista DAESH en ese momento, pide un préstamo a Bin Laden para su proyecto de crear campamentos de adiestramiento, lo que se convertirá en el germen del DAESH. Aunque en esencia, existían y existen muchas similitudes entre AL-QAEDA y DAESH, sus líderes mantenían las distancias, sin llegar a tener una relación profunda y de confianza¹²¹.

Tras la muerte del líder del DAESH como consecuencia de una misión contrterrorista, se designará al que continúa como “califa” del autoproclamado “Estado Islámico”, Abu Bakar Al-Bagdadi¹²². Es desde este punto, y después de la entrada a Siria gracias al grupo Al Nursa¹²³, cuando DAESH alcanza su mayor potencial.

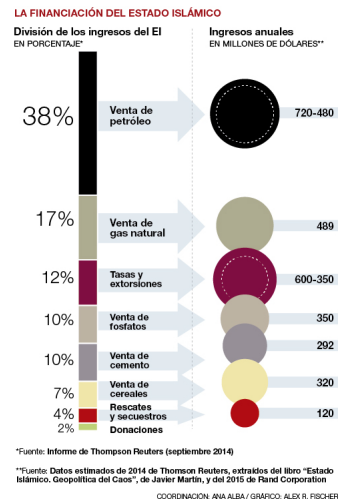
Tanto es así, que en su máximo apogeo llegó a contabilizar hasta 2 millones de euros al día solo en venta de petróleo¹²⁴. DAESH ha conseguido estructurar un sistema de financiación basado en distintas vías que les permite recaudar fondos de forma abundante e inmediata, tal y como se muestra en el siguiente gráfico:

¹²¹ JORDÁN ENAMORADO, J., “El Daesh”, en *Cuadernos de estrategia*, n. 173: La Internacional Yihadista, 2015, pp. 111 y 112, en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/41175/Daesh-Estado-Islamico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

¹²² MELAMED VISBAL, J. D., “Europa ante la amenaza del radicalismo religioso del Estado Islámico”, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol. 11, n. 1, 2016, p. 66.

¹²³ JORDÁN ENAMORADO, J., “El Daesh...”, Op. Cit., pp. 119 y 120.

¹²⁴ SÁNCHEZ HERRÁEZ, P., “Daesh ¿el paradigma financiero de los nuevos conflictos?”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, p. 11.



Fuente: Informe de Thompson Reuters (septiembre 2014)¹²⁵

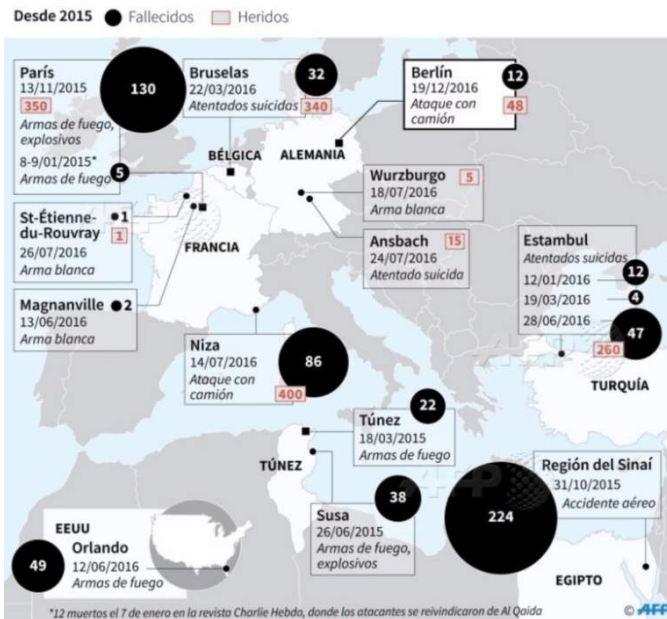
Con este volumen de beneficios no es de extrañar que las campañas del grupo terrorista cada vez fueran más exitosas y al mismo tiempo más adeptos se unieran a la lucha armada engrosando sus filas. En cuestión de poco tiempo Mosul, Palmira o Raqqa caían bajo su control.

Al mismo tiempo, protagonizaban mayor número de ataques terroristas en suelo occidental, cada uno de ellos más impactante debido a la crueldad de sus actos y a la difusión que le dedicaban. Desde enero de 2015 hasta diciembre de 2016 han tenido lugar cinco ataques terroristas de gran repercusión y con un elevado número de víctimas en terreno europeo¹²⁶.

¹²⁵ Noticia "Estado Islámico: miles de millones para la yihad", en *elPeriódico*, en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20151121/estado-islamico-miles-de-millones-para-la-yihad-4691963>

¹²⁶ Los más multitudinarios y que más han preocupado a la prensa y a la sociedad en general fueron los ataques al semanal de Charlie Hebdo, los atentados en París el 13 de noviembre en la sala Bataclán especialmente, el 22 de marzo en el aeropuerto y en una de las paradas de metro de Bruselas, en Niza en el día nacional de Francia, y en Berlín por medio de un camión que arrasó un mercadillo navideño muy concurrido por esas fechas.

Principales atentados del EI contra objetivos occidentales



Fuente: AFP¹²⁷

Como se puede apreciar, se trata de una nueva modalidad de terrorismo. Tanto AL-QAEDA como DAESH han revolucionado totalmente los dogmas del terrorismo tradicional, haciendo saltar la alarma entre los Estados. La globalización es, en gran medida, uno de los principales factores que están influyendo en este nuevo paradigma. En efecto, una de las consecuencias inmediatas de la globalización ha sido la descentralización de la organización.

Ya no es necesario una estructura de base piramidal, en la que el líder se sitúa en su cúspide y envía órdenes pasando por cada uno de los estratos de la pirámide, sino que gracias al fenómeno de Internet y a las ventajas que ofrece, el líder solo tiene que lanzar una serie de directrices que en algún momento cualquiera de los que se sientan identificados con la organización terrorista podrá acometer contra cualquier público allá donde se encuentre¹²⁸.

¹²⁷ Noticia "El EI quema vivos a dos presuntos soldados turcos", en *La Razón*, en: http://www.la-razon.com/mundo/EI-quema-vivos-soldados-turcos_0_2624137578.html

¹²⁸ Ya los propios líderes tanto de DAESH como de Al-Qaeda animaban a sus simpatizantes y adeptos a actuar por ellos mismos. Instaban a que usaran todo aquello que sirviera para "derramar una sola gota de sangre a los cruzados [...]".

Esto quiere decir que ya no se trata de un terrorismo limitado dentro de unas fronteras, sino que el margen de difusión se amplía. Ahora los ataques son indiscriminados, el objetivo a abatir no responde a unas características concretas, ya que entre las víctimas se encuentran personas de distintas religiones, razas, nacionalidades, edad y sexo. El escenario donde operar se ha convertido en la totalidad del globo terráqueo contra todas aquellas personas que no vivan conforme a las directrices y mandatos de la Sharia.

La manera de captación y el público al que se dirige también se ha alterado. Fundamentalmente existen tres cauces fundamentales de captación yihadista: las prisiones, la mezquita e Internet. Empero, la más revolucionaria y eficaz es, sin lugar a duda, los portales web, más concretamente a través de las redes sociales y los foros de discusión.

II. REALIDAD DEL FENÓMENO TERRORISTA ACTUAL. DAESH Y SU PECULIAR MODELO Y NATURALEZA

Ya se explicó en el apartado anterior los orígenes y evolución de DAESH, sin embargo, en este apartado nos centraremos más en sus tácticas y estrategias, causas indiscutibles del cambio de tendencia en la política criminal del momento hacia una más severa y menos garantista.

Si por algo se caracteriza DAESH es por su particular método de radicalización. El nuevo grupo terrorista aprovecha los rentables beneficios que las nuevas tecnologías le ofrecen. Además de tener un coste casi cero, es posible realizar esta actividad a larga distancia, lo que difiere en gran medida de los grupos y organizaciones terroristas del pasado siglo. Mientras que ETA o IRA se centraban en un territorio para captar y adiestrar nuevos militantes, a DAESH no lo detienen las fronteras. Como ya señalé antes, esta

Para más información al respecto *Vid.* TOBOSO UEZO, M., “El terrorismo individual durante el año 2015: Recalibrando la amenaza”, en *Análisis GESI*, Análisis 1, 2016, en (última visita: 01/11/2019): <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/el-terrorismo-individual-durante-el-año-2015-recalibrando-la-amenaza>

organización terrorista se basa en tres ambientes esencialmente para captar adeptos: las prisiones, la mezquita y las redes sociales o portales webs¹²⁹.

Es curioso además que no cuente con un perfil muy definido en lo que se refiere al sujeto al que se dirige la radicalización¹³⁰. Casi la totalidad de los miembros de nuestra sociedad son potenciales adeptos de DAESH, haciendo especial referencia en que dicha persona sufra un estado de vulnerabilidad importante.

No es casualidad pues que el rango de vulnerabilidad más amplio sean los jóvenes de catorce a veinticuatro años¹³¹ que frecuentemente conviven en una situación de riesgo de ser marginados o que ya forma parte de este grupo de personas con dificultades para involucrarse con la sociedad.

Esto además coincide con su nuevo –y en auge– campo de actuación: Internet¹³². Un estudio llevado a cabo por Global Web Index en 2014 refleja que el consumidor medio de Internet y de redes sociales coincide con aquellas personas de edades comprendidas entre dieciséis y treinta y cuatro¹³³. DAESH ha modernizado los canales y los métodos de seducción, pero manteniendo el fundamentalismo por el que en principio se mueve, lo que podríamos llamar: *Yidah 2.0*¹³⁴ o *Yihad global*.

¹²⁹ JORDÁN ENAMORADO, J., “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, en *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2), pp. 210 – 212.

¹³⁰ De hecho, como bien afirma DE LA CORTE IBÁÑEZ, “(...) algunos investigadores han preferido advertir que si puede hablarse de perfiles de radicalización habría que hacerlo en plural, pues no existirían uno sino varios: inmigrantes (legales e ilegales, incluyendo a refugiados políticos), musulmanes de segunda generación, delincuentes e individuos antisociales, marginales o desadaptados, conversos, religiosos devotos”. Vid. DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “Algunos malentendidos en torno a los procesos de la radicalización violenta”, en ACOSTA GALLO, P. / ÁLAVA, S. (Edits.), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 77.

¹³¹ REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico en España*, Ed. por Real Instituto Elcano, Madrid, 2016, p. 23.

¹³² IGUALADA TOLOSA, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos, n. 8, octubre-diciembre 2017, pp. 8 Y 9, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6361677>

¹³³ “Active users of the Top Social Platforms and Messaging tools, by age”, en *Global Index Web* (última visita: 05/04/2018): <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>

¹³⁴ VIVES-FERRÁNDEZ SÁNCHEZ, L., “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015, p. 19.

Videos de gran calidad y calado, así como montajes fotográficos muy realistas son las armas más poderosas de captación y adoctrinamiento de DAESH. Las nuevas tecnologías han provisto un nuevo canal de comunicación entre la cúpula de la organización terrorista y todo aquel que simpatice con DAESH y decida contribuir a sus fines de alguna manera. Este canal al que me refiero es la revista electrónica, que en un primer momento fue DABIQ para ser posteriormente reemplazado por RUMIYAH; además de contar con la disponibilidad de chats clandestinos y plataformas de mensajerías.

Dichos elementos son ciertamente relevantes en el estudio del contexto en el que se mueve esta nueva organización terrorista, características que han contribuido a un nuevo tratamiento del terrorismo por parte del Derecho Penal. Así pues, considero que es destacable realizar una aproximación somera a estos caracteres.

1. El perfil del radicalizado

Existen una gran multitud de estudios que se han realizado en torno a esta cuestión y ninguno de ellos ha llegado a una conclusión certera y definitiva. Lo que sí se puede decir *a priori* y sin realizar ningún estudio es que a diferencia de lo anteriormente acontecido ya no es necesario tener una mínima relación con el mundo musulmán para ser una víctima de la radicalización.

De acuerdo con el estudio realizado por el Real Instituto Elcano, los sujetos que fueron detenidos entre junio de 2013 y mayo de 2016 son en su mayoría hombres (83,1%) frente a las mujeres, que rondan el porcentaje del 16,9%¹³⁵.

Lo que sí es curioso de considerar es la diferencia de edad en las que son radicalizados hombres y mujeres. Mientras que los hombres son radicalizados mayoritariamente en la franja de edad de 25-29 años (27,2%) seguida en segundo lugar por el grupo de edad entre los 20-24 años (18,5%), la edad de las mujeres detenidas por alguna relación con DAESH oscila entre los 15-19 años (36,8%) y los 20-24 años

¹³⁵ REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 21.

(36,8)¹³⁶. Lo que se puede deducir de esta radiografía es la coincidencia en el rango de edades comprendidas entre los veinte y veinticuatro años. Igualmente curiosos, son los datos que reflejan que el sexo femenino es más vulnerable a verse envuelto en actividades yihadistas cuanto más jóvenes son y por otro lado, los varones son más proclives a ser seducidos por DAESH a edad más adulta. Esto es muy significativo, especialmente en el caso de las mujeres. De acuerdo con la forma de proceder de DAESH y las funciones o roles que reserva a cada miembro, no hay que olvidar que la mujer yihadista¹³⁷ tiene un papel reducido al de esposa, ama del hogar y criadora de hijos¹³⁸.

Otro dato significativo y que refuerza la idea de la supremacía del hombre en el ideario de DAESH se puede observar en el estado civil de los detenidos. Por un lado, un 66,7% de los detenidos varones estaban casados y gran parte de la mayoría tenía de media dos hijos frente al 22,7% de solteros¹³⁹. Por otro lado, las mujeres que fueron detenidas por su implicación en alguna actividad yihadista un 50% de ellas estaban solteras mientras que un 27,8% estaban casadas¹⁴⁰. Son datos muy interesantes y sería de gran curiosidad a su vez determinar qué porcentaje de mujeres casadas coincidía con varones casados. Es decir, si mujeres y maridos del mismo matrimonio coincidían en esta ideología ya que, tal y como refleja el estudio del Instituto Elcano, la radicalización se realiza en su mayor medida en compañía. En otras palabras, los sujetos son introducidos y convencidos por personas de su entorno, ya sean familiares, amigos o parejas¹⁴¹.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹³⁷ De acuerdo con las escrituras del Corán, la mujer no tiene un papel más allá que el de acompañar a su esposo, pero no el de realizar la Yihad. Sin embargo, el nuevo terrorismo islámico ha conseguido modernizar ciertos conceptos volviendo más atractiva la doctrina islámica fundamentalista. Así, las mujeres musulmanas no pueden llevar a cabo la Yihad, pero están llamadas a apoyar al varón en su camino de la Yihad. Estas obligaciones están compuestas por el cuidado del esposo, de los niños y de la casa, de procesar dignidad a través del velo y en ocasiones (mucho más excepcionales y con una función más práctica que teleológica) realizar actos de martirio tales como ataques suicidas. *Vid.* GARCÍA-CALVO, C., "El papel de la mujer en la Yihad Global", en *Revista Occidente*, n. 406, 2015, p. 41.

¹³⁸ GARCÍA-CALVO, C., "El papel de la mujer en la Yihad Global", en *Revista Occidente*, n. 406, 2015, pp. 1 y 2, en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/d202158047c9470e91a7bf72bea93c13/Comentario-GarciaCalvo-las-mujeres-del-Estado-Islamico.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d202158047c9470e91a7bf72bea93c13>

¹³⁹ REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 24.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁴¹ Así lo reflejan los datos: un 80,3% de los individuos radicalizados realizaron este proceso en compañía, del cual el 90% lo llevó a cabo de modo presencial. *Vid.* REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 43.

Aunque se puede describir al perfil medio del “yihadista” como varón, entre los veinte y treinta y cuatro años y en su mayoría casados, lo cierto es que, aunque de forma paulatina el radio de radicalización crece, ya no caben diferencias cuantitativas en relación con la situación familiar, o sea, de si se trata de una familia desestructurada o no, pues se han encontrado casos en ambos supuestos¹⁴².

DAESH lanza sus consignas a todo tipo de perfiles, pero especialmente elige a un grupo que se caracteriza por su vulnerabilidad: padres de familia en riesgo de pobreza, adolescentes que están pasando por un momento de formación de la personalidad y que en muchas ocasiones no se sienten comprendidos por la sociedad; mujeres jóvenes, a las que en gran cantidad de casos algún miembro de DAESH las enamora para que se aventuren a acompañarlos en la Yihad, entre otros grupos. Sin duda, es un perfil al que no es complicado de convencer, y además de esto va aparejado un discurso y formato muy seductores y altamente adecuados para estos grupos.

2. Medios de radicalización. Internet como nueva plataforma de adoctrinamiento

DAESH, aunque se niega a modernizar el discurso radical de corte salafista, sí que se ha preocupado por adaptar su medio de comunicación a los nuevos usos y tiempos. A pesar de que anteriormente las consignas religiosas se transmitían en los templos sagrados como las mezquitas gracias al guía espiritual (Imán), o bien en el entorno familiar; lo cierto es que ya no es necesario un canal físico o presencial. La organización terrorista ha conseguido ampliar el alcance de su mensaje al tiempo en que ha incrementado el número de objetivos potenciales a radicalizar gracias al uso de las nuevas tecnologías, especialmente el uso de Internet.

Al ser un recurso accesible, relativamente económico y con la gran ventaja de poder actuar desde el anonimato y con un difícil rastreo, la estrategia terrorista ahora opera muy activamente en la red virtual. Internet se ha convertido entonces en un

¹⁴² MUNICIO MÚJICA, N., “Evolución del perfil yihadista en Europa”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, mayo 2017, p. 15.

excelente medio para amplificar la llamada de la Yihad¹⁴³. Los campos por los que se mueve son bastante específicos: Redes sociales, chats clandestinos (muchos de ellos en la Deep Web) y su ya famosa revista online. En todas estas plataformas exponen sus mensajes en distintos formatos que van desde el simple “tweet” o publicación en Facebook hasta los elaborados videos de propaganda emulando el estilo hollywoodiense¹⁴⁴ y videojuegos, haciendo referencia a personajes emblemáticos occidentales.

Este es la estrategia secreta de DAESH: hacer llegar el mensaje a la mayor cantidad de personas por medio de formatos atractivos sin necesidad de transformar el mensaje.

2.1. Las revistas online. Dabiq y Rumiyah

Dabiq y Rumiyah son las revistas online a través de las que DAESH transmite sus dogmas religiosos e informa¹⁴⁵ a sus seguidores y simpatizantes de sus novedades, ya sean logros o modos de combatir. Los nombres de ambas revistas no son casuales. Dabiq es el nombre de una ciudad siria en la que, según la profecía, será donde tendrá lugar el Armagedón en el que los musulmanes ganarán la guerra y Roma (Rumiyah) caerá, símbolo de la cristiandad¹⁴⁶.

El primer número de Dabiq ve la luz en 2014 y ha seguido publicándose más o menos mensualmente hasta su cierre en 2016 dejando como legado un total de quince números¹⁴⁷. La revista es traducida a varios idiomas, principalmente al inglés y al francés

¹⁴³ ZGRZYEWICZ, R., *Daesh recruitment. How the group attracts supporters*, NATO Strategic Communications Centre of Excellence, 2016, p. 20.

¹⁴⁴ ARAGÓ, B., “La yihad mediática”, en *Quaderns de la Mediterrània*, n. 24, 2017, p. 232.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 232.

¹⁴⁶ REINARES, F., “De Dabiq a Roma: Estado Islámico muta y eso concierne a la UE”, *Comentario DE Real Instituto Elcano*, 2016, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-reinares-de-dabiq-a-roma-estado-islamico-muta-y-concierne-ue

¹⁴⁷ AGUILAR FRANCO, A., “Las menciones a los países occidentales en ‘Dabiq’ y ‘Rumiyah’”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2018, p. 8, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2018/DIEEO34-2018_Menciones_Paises_Occidentales_Dabiq_y_Rumiyah_AlbaAguilar.pdf

y usa un estilo sencillo¹⁴⁸, lo que amplía en gran medida el rango de receptores, dirigiéndose principalmente a la persona que quiere convertirse próximamente y que además reside en Occidente¹⁴⁹.

La estrategia de DAESH se ha plasmado en dichas revistas y es posible observar la evolución que ha sufrido a lo largo de los años y en atención a las circunstancias y los sucesos acaecidos. En los primeros números, por ejemplo, Dabiq invitaba a los muhayadines a hacer la *hijrah* (migración) en favor de la *Ummah* (sociedad musulmana) y a viajar a Siria o a Irak para participar en el conflicto. De hecho, este llamamiento logró que numerosas personas afines a los postulados yihadistas viajaran desde distintas partes del mundo hasta territorio dominado por DAESH para contribuir con los mismos¹⁵⁰.

No obstante, y debido a las dificultades que posteriormente tenía desplazarse hasta Siria o Irak a causa de los controles internacionales la estrategia cambió. Ya en Dabiq no se animaba al traslado, sino que se instaba a atacar en los mismos lugares en los que se encontraban¹⁵¹ aquellos que estaban dispuestos a atentar en nombre de DAESH.

Para esto, la propia revista explicaba detalladamente tácticas para pasar desapercibido entre la población occidental e instrucciones para perpetrar un atentado. Con el avance de la coalición internacional y la paulatina pérdida de hegemonía se consigue censurar y cerrar Dabiq, de la que tomará su relevo Rumiyah hasta el día de hoy.

Con la nueva revista online, Rumiyah, DAESH pretende proseguir con su propaganda pública, tanto de sus victorias como de sus dogmas, para así seguir captando adeptos. A diferencia de Dabiq, Rumiyah se publica de forma mensual, habiendo publicado hasta julio de 2017 un total de once números, todos ellos de similar estructura y apariencia a Dabiq¹⁵². Rumiyah se ha publicado asimismo en diversos idiomas, de más

¹⁴⁸ ARAGÓ, B., "La yihad ...", Op. Cit., p. 234.

¹⁴⁹ REY GARCÍA, P. / RIVAS NIETO, P / SÁNCHEZ ALONSO, Ó., "Propaganda, radicalismo y terrorismo: la imagen del Daesh", en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, n. 23, 2017, p. 217.

¹⁵⁰ De hecho, este hecho es la causa de la tipificación de la conducta recogida en el art. 575.3 CP, que consiste en viajar a territorio extranjero dominado por una organización o grupo terrorista para volver al país de origen. Es lo que se conoce comúnmente como "lobos solitarios".

¹⁵¹ ARAGÓ, B., "La yihad...", Op. Cit., p. 238.

¹⁵² AGUILAR FRANCO, A., "Las menciones a los países ...", Op. Cit., p. 8.

variedad incluso que su predecesora Dabiq, tales como inglés, francés, ruso, alemán, e indonés entre otros^{153/154}.

El contenido de la nueva revista no se aleja mucho de aquella información que ya se ofrecía en Dabiq, es decir, información sobre victorias, fallecidos en nombre de DAESH y sus hermanos, sus *modus operandi* para atacar o incluso pasar desapercibido entre la multitud, entre otros temas. Es curioso como en algunas ocasiones DAESH ha decidido disimular sus recientes fracasos reduciendo los mensajes sobre los caídos en combate. Todo apunta a un fuerte debilitamiento de la organización, que contrasta con el incremento de la intensidad de sus mensajes y la continuidad de sus publicaciones. De hecho, como bien apunta SABELLA, “frente al debilitamiento del control del territorio en Oriente Medio se asiste, sin embargo, a una difusión de la educación radical, a través de Internet y de las redes sociales, religiosa y militar. Los medios de comunicación digital están adquiriendo cada vez más importancia estratégica para el terrorismo internacional en el desarrollo de algunas actividades fundamentales anteriormente realizadas de modo masivo en los campos de adiestramientos localizados en África y en Oriente Medio. Por lo tanto, desde el momento que el autoadocctrinamiento, adiestramiento y reclutamiento han sido obstaculizados de un modo más eficaz desde lo militar y desde inteligencia -al menos en la vida real-, Internet ha terminado por adquirir una fuerte centralidad”¹⁵⁵.

2.2. Propaganda visual

DAESH no solo transmite su propaganda a través de plataformas escritas, sino que además cuenta con un gran número de videos para ello. La organización terrorista cuenta con un total de 34 productoras instaladas en numerosos países (Siria, Egipto, Libia,

¹⁵³ GOSH, T. / BASNETT, P., “Analysis of Rumiya Magazine”, en *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, vol. 22, n. 7, ver. 12, July 2017, p. 16.

¹⁵⁴ La elaboración de la revista en más idiomas de los que nos tenía acostumbrado DAESH podría responder a un llamamiento desesperado de nuevos adeptos a raíz del gran número de bajas producidas en durante la pérdida de las ciudades de Raqqa (Siria) y Mosul (Iraq).

¹⁵⁵ SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penali connessi all’uso di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali”, en *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, n. 1-2, p. 169.

etc)¹⁵⁶, las cuales realizan contenidos de gran calidad y de diversa tipología que incluye videos de la misma calidad de películas a las que nos tiene acostumbrados Hollywood, montajes de photoshop e incluso videos cotidianos que muestran la rutina diaria de vivir bajo el gobierno del Califato¹⁵⁷.

Pero DAESH ha superado cualquier límite al crear también videojuegos. Lo ha conseguido emulando el famoso y popular videojuego “Call of Duty”¹⁵⁸. Este videojuego recrea operaciones militares de distintas épocas históricas con gran realismo y en primera persona, lo que hace que el jugador se involucre en un mayor grado en el juego. DAESH ha usado esto a su favor. Modificando ciertas particularidades del videojuego, tales como los objetivos que esta vez los componen enemigos reales de DAESH, el jugador puede sentirse como parte del ejército de la organización criminal¹⁵⁹. Esto, evidentemente, es un gran atractivo para los potenciales radicales más jóvenes, los cuales pueden ser convencidos para luchar de forma real.

2.3. Redes Sociales: el novedoso “centro” de propaganda y de radicalización

Las redes sociales es otro de los medios por los que DAESH se comunica con sus afines. Es una de las plataformas más populares debido a la dinámica que se establece entre la organización terrorista y el usuario, relación que permite una comunicación fluida a tiempo real e instantánea. No obstante, no es un recurso exclusivamente usado por la organización terrorista. El uso de redes sociales les permitía a aquellos sujetos que viajan a Siria para combatir en las filas de DAESH comunicarse con sus allegados en su país de origen¹⁶⁰. De esta forma, eran los propios terroristas en el terreno los que detallaban los beneficios de vivir bajo el Califato desde su propia experiencia. Esta fórmula desde luego traía consigo la captación de muchos más adeptos a las filas de DAESH¹⁶¹.

¹⁵⁶ BALLESTEROS MARTÍN, M. Á., “La estrategia del Daesh a través de su revista Dabiq”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2017, p. 3, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2017/DIEEEA51-2017 Estrategia Daesh Revista Dabiq MABM.pdf

¹⁵⁷ O'REGAN, E., “DAESH, la guerra en las redes sociales”, en *Revista Española de Defensa*, año 29, n. 325, 2016, p. 53.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 52.

¹⁵⁹ ERLANDSEN, M., “La Guerra a través de los Medios: Análisis de la estrategia de ISIS sobre su Diplomacia Pública”, en *Columbia Academic Common*, 2016, pp. 9 y 10.

¹⁶⁰ BALLESTEROS MARTÍN, M. Á., “La estrategia ...”, Op. Cit., p. 5.

¹⁶¹ *Ibidem*.

Aunque Facebook podría ser la red social más popular entre la sociedad actualmente, lo cierto es que Twitter ha conseguido colocarse como la predilecta por DAESH para llevar a cabo su propaganda¹⁶². Por medio de Twitter DAESH consigue conectar las distintas fuentes con una sola búsqueda, lo que les permite a sus seguidores conocer las novedades al instante¹⁶³. Se habla incluso de “efecto multiplicador”, es decir, la información no es solamente emitida por la organización terrorista, sino que además las personas afines pueden rebotar el mensaje en sus perfiles o compartírselos con su comunidad de conocidos¹⁶⁴. El radio de destinatarios se amplía de forma exponencial pudiendo llegar a cualquier parte del mundo al instante. No importa tampoco que sus cuentas las cancele la propia compañía, ya que el mecanismo es tan sencillo que en poco tiempo después se crea una nueva cuenta¹⁶⁵, obteniendo los mismos seguidores que previamente se tenía.

Asimismo, otra herramienta de comunicación muy comúnmente usada por dicha organización terrorista es Telegram. Este portal les aporta la ventaja de poder comunicarse por la Deep Web ya que les proporciona un servicio encriptado de carácter anónimo¹⁶⁶.

Hasta aquí la parte social y fenomenológica de DAESH. Como es posible observar DAESH ha conseguido dar un giro de 180 grados al terrorismo “convencional”. Las nuevas estrategias de los grupos yihadistas han puesto en jaque a los Estado de Derecho y sus mecanismos de investigación, seguridad y justicia, abriendo una brecha en el mismo sistema, a la cual intentan dar una solución que poco respeta a los principios político-criminales propios de una democracia. Se está produciendo una flexibilización de límites, que ha traído consigo la crisis del Derecho Penal de Garantías, acrecentado por el desafío de abordar las nuevas amenazas que trae consigo la Globalización.

¹⁶² Solo en 2015 estaban activas 70.000 cuentas de Twitter de simpatizantes o pertenecientes a Daesh. *Vid.* REY GARCÍA, P. / RIVAS NIETO, P. / SÁNCHEZ ALONSO, Ó., “Propaganda...”, *Op. Cit.*, p. 213.

¹⁶³ “DAESH: Information campaign and its influence, Strategic Communications Centre of Excellence Riga” 2015”, en NATO en: <https://www.stratcomcoe.org/daesh-information-campaign-and-its-influence>

¹⁶⁴ ARAGÓ, B., “La yihad...”, *Op. Cit.*, p. 230.

¹⁶⁵ LEJARZA ILLARO, E., “Terrorismo Islamista en las redes-la Yihad Electrónica”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, septiembre de 2015, p. 2, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEO100-2015_IslamismoenRed_EguskineLejarza.pdf

¹⁶⁶ ARAGÓ, B., “La yihad...”, *Op. Cit.*, p. 5

Estas circunstancias, como ya he dicho, traen consigo un Derecho Penal cada vez más severo, en el que primará la prevención y la priorización de la seguridad ante el desafío de la llamada “sociedad del riesgo”.

Todos estas causas y consecuencias serán tratadas en una primera aproximación en el siguiente apartado, para después ser desarrolladas en cada uno de los subapartados que analizan los elementos del tipo.

III. POLÍTICA CRIMINAL Y TERRORISMO. UNA APROXIMACIÓN A LA ACTUAL TENDENCIA DE LA POLÍTICA CRIMINAL Y SU EFECTO EN EL SISTEMA PENAL

1. Derecho Penal de Garantías y Derecho Penal del Enemigo

A lo largo de la historia de la humanidad se han sucedido distintos sistemas políticos, la mayoría de ellos basados en el monopolio del poder. Esto ha traído como consecuencia el abuso por parte de quien lo ostentaba, careciendo el resto de los miembros de la sociedad de derechos y libertades de los que disfrutar y disponer.

El primer referente en lo que podría parecerse a un reconocimiento y tutela de derechos sería la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Debido a la fuerte represión y pobreza que sufría el pueblo francés, este se revela, acabando con todo aquello relacionado con el Antiguo Régimen y estableciendo en su lugar sus propias normas de entre las que destacará la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Poniendo de manifiesto que el poder soberano reside en la nación, este documento reconoce una serie de derechos y libertades civiles y políticos¹⁶⁷ de entre las que destacan el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los hombres, además de distintas libertades y garantías. Aunque sin duda alguna se trata de un hito sin precedentes en la historia de la humanidad, esta declaración no incluía a todos los miembros de la

¹⁶⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: el derecho como ley y el derecho subjetivo”, en PECES-BARBA M., Gregorio et al. (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, cap. I, vol. I, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 225 y ss.

sociedad, ya que dejaban excluidas de este documento a las mujeres¹⁶⁸. Pero, la vigencia de este documento no se prolongó mucho en el tiempo, ya que con el fin de la revolución y la reinstauración la monarquía se vuelve al sistema autoritario anterior.

Es necesario avanzar hasta el fin de la II Guerra Mundial para identificar el referente de los sistemas de democracia actuales. Con un total de aproximadamente 50 millones de víctimas mortales por la guerra, los Estados deciden crear una organización internacional para evitar que sucesos como este se repitiesen en el futuro. Será pues la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) la que se encargue de velar por la buena convivencia y de garantizar la paz mundial. No obstante, no se reconocía en ningún momento una serie de derechos a la sociedad hasta 1948, cuando se aprobó la Resolución 217 A (III), que contenía la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Esta será desde entonces una de las principales referencias de los valores y principios de un Estado de Derecho.

Se trazan de este modo, una serie de límites que sirven de protección al individuo ante cualquier situación de abuso estatal, siendo uno de ellos el Derecho Penal, más concretamente, el Derecho Penal de Garantías.

El Derecho Penal propio de un sistema democrático, o lo que es lo mismo, el Derecho Penal de Garantías, se caracteriza por brindar al ciudadano una serie de mecanismos para salvaguardar los derechos y garantías procesales que el Estado democrático, por medio de la Constitución, le reconoce.

Tal y como FERRAJOLI expone, la principal característica de un derecho garantista es la división entre moral y derecho¹⁶⁹. Esto es de gran importancia, ya que dota al Estado de una posición objetiva, en la que no se debe contaminar con los principios

¹⁶⁸ De hecho, Olympe de Gouges elabora la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana. La Declaración de los Derechos del Hombre no concebía a la mujer como titular de los derechos y libertades que propugnaba, aunque la mujer hubiera contribuido con su compañero masculino en la revolución y en derrocar al orden preestablecido. Es entonces por esta razón por la que Olympe de Gouges elabora la Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana, exhortando a las mujeres a luchar por sus propios derechos y además tratando de convencer a los hombres para que permitiesen a la mujer disfrutar de tales beneficios. *Vid.* Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana. Olympe de Gouges en <http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf>

¹⁶⁹ FERRAJOLI, L, *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 854.

morales o religiosos del momento, incluso si es la misma sociedad la que los reclama. En otras palabras, no será posible la merma de los Derechos Fundamentales ni de las garantías procesales con la excusa de ser esta la moral del momento, aunque los ciudadanos de la nación pertinente así lo exijan.

El Estado de Derecho existirá entonces, desde la perspectiva de FERRAJOLI¹⁷⁰, en aquellos Estados que “se basen en una constitución *rígida*”, que a su vez cuenten con límites formales y sustanciales para acotar el ejercicio de cualquier tipo de poder.

La esencia y la eficacia de este mecanismo se basa en los ideales de la Ilustración. Solo será posible que se respete esta limitación de poder por medio de la separación de poderes. Es decir, cada poder tendrá la función y la capacidad de vigilar que los otros dos poderes no sobrepasan los límites que le han sido trazados gracias al control de legitimidad¹⁷¹.

Nace así el Derecho Penal como límite al *ius Puniendi* estatal y garante de los Derechos y Libertades Fundamentales y públicas que en un Estado de Derecho debe existir. El Derecho Penal es el mecanismo que sirve de protección del individuo ante las arbitrariedades o abusos del Estado¹⁷². No obstante, el Derecho Penal debe responder a una serie de principios que son los que lo dotan de este rasgo garantista.

El Derecho Penal, como medio formal de control social y de protección frente a los poderes del Estado, atiende a una serie de principios y valores sobre los que se asienta. Pasaremos a referirnos a algunos de ellos: de legalidad, de lesividad, de mínima intervención, de proporcionalidad de las penas, de culpabilidad y el principio de resocialización.

¹⁷⁰ De acuerdo con la deducción del jurista italiano, se podrá entender por Estado de Derecho dos acepciones. En primer lugar, Estado de Derecho es todo aquel Estado que se rige por unas leyes, es decir, que tiene unas fuentes normativas de las que emana su actividad y sus acciones. Quedan pues, dentro de este ámbito los Estados totalitarios siempre y cuando se rijan por unas leyes preestablecidas. En segundo lugar, y esta es la acepción que baraja FERRAJOLI para estructurar su teoría del garantismo, será Estado de Derecho aquel Estado constitucional. *Vid.* FERRAJOLI, L., *Derecho y ...*, Op. Cit., p. 856.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² De acuerdo con Mir PUIG, solo se podrá legitimar el Derecho Penal de un Estado de Derecho como un sistema de “protección efectiva de los ciudadanos”. *Vid.* MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, S / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007, p. 7.

1.1. El principio de legalidad

El principio de legalidad se considera la más esencial base del Derecho Penal garantista. De acuerdo con este principio, las leyes, así como también las penas, deberán venir recogidas por una norma para que sean aplicadas. De esto se desprende además el principio de “seguridad jurídica”¹⁷³. Como bien afirma LAMARCA, “En primer lugar, el principio de legalidad debe ser entendido como expresión del valor de la seguridad jurídica que permite al ciudadano saber lo que está prohibido. Este es, sin duda, el primero de los valores tal y como surgió en sus orígenes iluministas; la ley, ciertamente, no es una garantía en sí misma, ni asegura la justicia o moralidad del mandato, pero no cabe duda que la legalidad aporta un principio de limitación del poder”¹⁷⁴. Es decir, en primer lugar, el principio de legalidad permite al individuo conocer qué conductas serán castigadas y cuáles no, y así poder adaptar su comportamiento¹⁷⁵; al tiempo que también sirve de límite a los poderes estatales. Esto quiere decir a su vez, que queda excluida toda arbitrariedad, el Estado se tendrá que basar exclusivamente en aquello que está regulado por una norma vigente para dotar así de seguridad al sistema.

La *ratio* de “seguridad jurídica” no solo abarca a la norma, sino también a la consecuencia jurídica que se desprende de la misma, en concreto me refiero a la pena. La consigna latina *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* lo certifica. La certeza no solo tiene que venir dada en relación a la conducta castigada o no, sino que, al mismo tiempo, el ciudadano en todo momento tiene que ser consciente de la consecuencia que le espera de obrar en contra a la ley, o lo que es lo mismo, la manera en la que reaccionará el Estado en caso de infringir la norma¹⁷⁶. Esto permite dotar al sistema de un mecanismo para prevenir la arbitrariedad de las instituciones estatales, lo que asimismo conlleva la aplicación de una pena segura, proporcional y respetuosa con la dignidad de las personas. De no ser así, las consecuencias que se desprenderían serían terriblemente perjudiciales

¹⁷³ LAMARCA PÉREZ, C., “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.1, septiembre de 2011, p. 157.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁵ El Derecho Penal entonces no puede ser incierto, se trata de una advertencia al sujeto con el objetivo de que sepa qué conductas puede o no realizar y así poder adaptar su comportamiento. De esta forma, la arbitrariedad no tendrá lugar y prevalecerá el principio de igualdad ante la ley.

¹⁷⁶ MONTIEL, J.P., “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, enero de 2017, p. 7.

para la calidad democrática, restando validez al principio de legalidad como límite a los poderes del Estado.

El ejemplo paradigmático se ha producido en España, me refiero a la doctrina Parot. En un contexto en el que España parecía superar la experiencia terrorista, comienzan a celebrarse juicios a terroristas de ETA altamente activos durante los “años de plomo”. Hay que buscar los orígenes de dicha doctrina del Tribunal Supremo en 2006, en el recurso de casación del caso Parot. Con la reciente experiencia de la casi liberación de un terrorista relevante como fuera De Juana Chaos con el cumplimiento de prisión de dieciocho años, el caso del terrorista Parot se presentaba similar¹⁷⁷. Al haber sido cometidos los delitos que se juzgaban en esos momentos anteriores a la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se les aplicaba el Código Penal de 1973 (en adelante CP’73).

Es necesario hacer un pequeño inciso con el fin de dejar claro una serie de elementos esenciales para la comprensión del caso. El CP’73 permitía la redención de penas por trabajos hasta un máximo de veinte años, con lo que muchos de los sujetos podían ver reducida su estancia en prisión considerablemente¹⁷⁸. No obstante, el CP’95 fijaba el límite máximo del tiempo en prisión en treinta años, no permitiendo la redención de penas por el trabajo.

Volviendo al hilo principal, quizás para evitar la presión social y la polémica que supondría la reducción de la condena por virtud de la redención por el trabajo, el Tribunal Supremo decide cambiar drásticamente su doctrina, aplicando esta redención no a los

¹⁷⁷ HAVA GARCÍA, E., “Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, marzo agosto, 2014, pp. 157 y ss.

¹⁷⁸ De acuerdo con el art. 100 del Código Penal de 1973 “Podrán redimir su pena con el trabajo, desde que sea firme la sentencia respectiva, los reclusos condenados a penas de reclusión, prisión y arresto mayor. Al recluso trabajador se abonará, para el cumplimiento de la pena impuesta, previa aprobación del Juez de vigilancia, un día por cada dos de trabajo, y el tiempo así redimido, se le contará también para la concesión de la libertad condicional. El mismo beneficio se aplicará, a efecto de liquidación de su condena, a los reclusos que hayan estado privados provisionalmente de libertad”. *Vid.*, Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

años de efectivo cumplimiento en prisión, sino al cómputo total de años, con lo que sus expectativas de ver reducida su estancia en prisión se evaporan¹⁷⁹.

Se aplica así, la nueva doctrina del Tribunal Supremo, que a su vez es aprobada por el Tribunal Constitucional al no apreciar ninguna infracción a los Derechos Fundamentales¹⁸⁰. La pena de prisión se incrementa notablemente a aquellos sujetos a los que se les aplica la nueva doctrina, llegando incluso a permanecer el tiempo máximo que estipulaba la ley en ese momento, un total de cuarenta años de prisión¹⁸¹.

La contrapartida se encontraba en los sujetos a los que se les aplicó la ya conocida como “Doctrina Parot”, que no dudaron en pasar incluso a instancias internacionales.

Y es así como Inés del Río, otra terrorista de relevante notoriedad por los delitos cometidos dentro del llamado “Comando Madrid”, y que, acumulaban un total de 3000 años de prisión¹⁸², decide presentar su caso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo.

La resolución del Tribunal de Estrasburgo basó su deliberación en, básicamente, dos pilares: la legalidad penal y el derecho a la libertad. Me centraré en la primera de las cuestiones ya que es la que nos interesa.

De acuerdo con la Convención Europea de Derechos Humanos, su art. 7 en el apartado 1º determinaba que “nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión

¹⁷⁹ No fueron pocos los que determinaron que se trataba de una arbitrariedad, que se habían visto violadas sus expectativas de libertad, alegando incluso una violación de la legalidad penal por parte del Estado en favor a intereses propios y no con arreglo a la democracia.

¹⁸⁰ Ya lo expresa DÍAZ CREGO cuando reflexiona de la siguiente manera: “el TC ha adoptado una postura en exceso formalista y ha obviado, en sus 37 sentencias en la materia, el análisis del problema de fondo, asociado a la eventual vulneración del principio de legalidad penal y de la libertad personal. Ambas cuestiones ocupan una posición secundaria en los pronunciamientos de nuestro máximo intérprete de la Constitución, que se limita a excluir la problemática analizada del ámbito de aplicación del principio de legalidad penal; y a subrayar que la privación de libertad sufrida por los demandantes de amparo es legal, en la mayoría de los casos, al no plantear problema alguno en relación con el resto de los derechos reconocidos por el texto constitucional”. *Vid.*, DÍAZ CREGO, M., “Cuando Parot llegó a Estrasburgo”, en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013, p. 610.

¹⁸¹ Límite marcado por la reforma del Código Penal llevada a cabo en 2003.

¹⁸² RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Inés del Río Prada c. España”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, 2013, p. 264.

que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente, no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida”¹⁸³.

Es decir, el art. 7.1 CEDH hace referencia a la legalidad penal, por la que ningún Estado podrá aplicar una pena que no se encuentre regulada por ley, así como no se podrá imponer al sujeto una pena más grave de que le era aplicable entonces, esto es, la irretroactividad de la norma desfavorable al reo.

Después de haber determinado el Tribunal que dicha medida constituía una pena, coincidió con la parte demandante que, en efecto, se había infringido la legalidad penal. Para ser más precisos se había infringido la seguridad jurídica, ya que la parte demandante confiaba en poder reducir su pena con los años trabajados previamente, habiendo además alargado la pena en más tiempo de lo que en realidad le correspondía¹⁸⁴.

Así pues, se demostró la peligrosidad de la arbitrariedad del Estado cuando no está sujeto a un límite expreso de legalidad, el cual podría infringir un derecho fundamental tan importante como es la libertad, ya fuera el derecho a la libertad de un terrorista o de otro tipo de delincuente.

Otro ejemplo lo tenemos en el caso 11-M. La acusación proponía en sus alegaciones imputar a los individuos que suministraron el explosivo a la célula terrorista de AL-QAEDA un delito de colaboración con organización terrorista (art. 277 CP). La defensa manifestó que los sujetos no eran conscientes en ese momento de que se usaría el material explosivo (aunque fuera una gran cantidad) para llevar a cabo un atentado terrorista, pues, de lo contrario no se los habría facilitado¹⁸⁵.

Ante tal caso, el Tribunal Supremo determinó que no era posible imputarles la responsabilidad por un delito de colaboración con organización terrorista, pues el Código

¹⁸³ Art. 7.1 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

¹⁸⁴ RÍOS MARTÍN, J. C. / SÁEZ RODRÍGUEZ, M C., “Del origen al fin de la doctrina Parot”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2014, p. 26.

¹⁸⁵ MIRÓ LLINARES, F., *Cocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Ed. Atelier libros, Barcelona, 2010, pp. 32 y ss.

Penal entonces no contemplaba la modalidad imprudente. Ante tal experiencia, años después se incluye a través de la reforma de 2015 el delito de colaboración con organización o banda terrorista por imprudencia¹⁸⁶.

Queda claro pues, la gran importancia del principio de legalidad para un Estado democrático, especialmente cuando se trata de delitos tan especiales y polémicos como son los delitos de terrorismo.

1.2. El principio de exclusiva protección de bienes jurídicos

El Derecho Penal se creó como mecanismo de garantía a la hora de ejercer los derechos individuales frente al ejercicio del *ius puniendi*. Pero ¿qué es lo que protege?

El Estado de derecho considera como esenciales una serie de intereses que estiman como condicionantes para una adecuada vida social. A estos intereses de importancia fundamental se les da el nombre de “bien jurídico”. Ahora bien, no todo bien jurídico se llegará a proteger por el Derecho Penal. En primer lugar, es necesario recordar a MIR PUIG, pues no podrá ser amparado por el Derecho Penal “intereses meramente morales”¹⁸⁷, pues, “el Derecho Penal de un Estado social no ha de ocuparse en respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses no fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social”¹⁸⁸. Esto es lo que diferencia un Derecho Penal de un sistema democrático, de uno totalitario, ya que, como bien es sabido, el Derecho Penal de un modelo dictatorial se basa en la protección de intereses políticos con los que se identifica. Se centra pues, en la protección del Estado en sí, sin nada más trascendente, careciendo la norma de toda justificación en cuanto a la protección de bienes jurídicos, siendo principalmente la motivación el propio cumplimiento de la norma en sí¹⁸⁹, lo que está repercutiendo en una “crisis” de la teoría del bien jurídico y su validez.

¹⁸⁶ LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3440.pdf>

¹⁸⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016, p. 131

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ ROXÍN, C., “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2012, p. 13.

1.2.1. Una aproximación a la crisis de la teoría del bien jurídico

El Derecho Penal de un Estado de Derecho por definición no puede ser arbitrario, ya que nace con vocación limitadora del *ius puniendi* del Estado¹⁹⁰.

En su fin limitador, el Derecho Penal se basa en una serie de elementos, siendo uno de ellos el bien jurídico. De esta manera y de acuerdo con la teoría del bien jurídico a este se le refiere unas funciones concretas: sistematización, interpretación y además la función político-criminal¹⁹¹, sirviendo este de límite al legislador a la hora de elaborar normas. De esta manera, el legislador no podrá legislar sin tener en cuenta el bien jurídico, quedando así limitada su actividad legislativa, todo esto con el fin de salvaguardar las garantías procesales y la integridad del Estado de Derecho.

No obstante, y como ya han apuntado varios miembros de la doctrina penal, la teoría del bien jurídico está en crisis¹⁹². Y es que desde hace algunas décadas el panorama penal cada vez es más desolador. Como ya he mencionado anteriormente, los tipos penales cada vez más representan un Derecho Penal Simbólico, cargado de ambigüedad, que poco (o nada) tiene en común con el Derecho Penal Garantista.

La pregunta pues que debemos hacernos ante dichas circunstancias es clara: ¿cómo se ha podido llegar a este extremo? A esta situación han favorecido varios factores, sin embargo, es posible resumirlos en las siguientes razones principalmente: la propia (y particular) naturaleza del bien jurídico, el surgimiento de bienes jurídicos colectivos o supra-individuales, el impulso de teorías fundamentalistas radicales y la inobservancia de otros principios limitadores del *ius puniendi*. Cada una de estas favorece a las demás y a su vez son las causantes de las mismas.

¹⁹⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*, Op. Cit., pp. 113 y ss.

¹⁹¹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Lección 1. El Derecho Penal", en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, pp. 10 y ss.

¹⁹² PÉREZ DEL VALLE llama a la misma como "una crisis de la fundamentación teleológica del Derecho penal", Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., "En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos", en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 379, octubre 2006, p. 4.

Vid. FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., "Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico", en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008, p. 4. / SILVA SÁNCHEZ, J. M., "No sólo bienes jurídicos", en *InDret Penal. Revista para el Análisis del Derecho*, en: http://www.indret.com/pdf/editorial_penal_2.pdf

En primer lugar, debemos preguntarnos qué se entiende por bien jurídico. A pesar de que la doctrina ha debatido ampliamente sobre el contenido del bien jurídico aun hoy en día no existe un consenso¹⁹³, y no parece que vaya a haberlo próximamente.

Pese a la indefinición de tal concepto sí es cierto que de forma intuitiva es posible formarse una imagen más o menos nítida de “bien jurídico”. De esta manera, varios han sido los miembros de la doctrina que han intentado definirlo, como “aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social”¹⁹⁴, o bien “el bien jurídico puede ser descrito como un objeto fundamental para la convivencia social externa”¹⁹⁵, o también como define MIR PUIG “una necesidad social que condiciona las posibilidades de participación del individuo en los sistemas sociales”¹⁹⁶, entre otras definiciones. Todas estas definiciones coinciden en algo: en un elemento de convivencia, de continuidad del ejercicio de los Derechos Fundamentales.

No es extraño relacionar el bien jurídico con los Derechos Fundamentales y, por ende, con la Constitución¹⁹⁷. Varios miembros de la doctrina recurren a la norma suprema para orientarse en la definición de bien jurídico, al menos, como expresa VALEIJE ÁLVAREZ aunque no sea de forma directa sí debe estar apoyada en la Norma

¹⁹³ ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de los bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, n. 18, 2006, p. 14.

¹⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 54.

¹⁹⁵ FERNÁNDEZ CABRERA, M., “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, en *Foro. Nueva Época*, vol. 9, n. 1, 2016, p. 179.

¹⁹⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General...*, Op. Cit., p. 174.

¹⁹⁷ Se trata de las teorías constitucionalistas, que en esencia se basan en la Constitución y sus más altos valores y principios para legitimar la lesión en cuestión. Es decir, y como señala ABANTO VÁSQUEZ, cuando hace referencia a RUDOLPHI como uno de los mayores representantes de esta corriente, “RUDOLPHI, en los años 70, también vinculaba el concepto de bien jurídico a la Constitución dado que, aquel sería una “valiosa unidad social de función” irrenunciable en toda sociedad respetuosa de la Constitución y para garantizar la posición y libertad de todo ciudadano que viva en tal sociedad”. Vid. ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría ...”, Op. Cit., p. 8.

Así mismo opina AMBOS, cuando denuncia que no solo el bien jurídico en la actualidad legitima bienes jurídicos clásicos, sino que además esta tutela se ha ampliado hasta llegar a justificar delitos de peligro y bienes jurídicos colectivos, ambos estos demasiado abstractos para salvaguardar la seguridad jurídica. Vid. AMBOS, K., “Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la «función global» del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 10, julio de 2013, pp. 350-351.

Suprema¹⁹⁸. La base en la Constitución le permite al bien jurídico adaptarse a las interpretaciones jurídicas y jurisdiccionales de los Derechos Fundamentales, lo cual le resulta posible gracias a su naturaleza indeterminada.

Y es precisamente en ese carácter indeterminado donde se encuentra el principal problema¹⁹⁹. El fracaso de la teoría del bien jurídico reside en su alta capacidad maleable, lo que el legislador aprovecha para redactar sus normas de acuerdo con sus intereses. Este rasgo favorece hoy en día la creación de normas simbólicas, empeñadas en la prevención del delito mediante la anticipación de la barrera de punibilidad como ya he señalado antes. Lo verdaderamente preocupante es que lo que anteriormente servía como límite del *ius puniendi* hoy en día el legislador lo usa como criterio para legitimar “decisiones criminalizadoras”²⁰⁰.

La adaptabilidad de la que presume el bien jurídico como capacidad de ajustarse a los cambios de la sociedad en cada época histórica y las circunstancias históricas de las que se nutre²⁰¹, ha traído consigo la aparición de nuevos bienes jurídicos: “bienes jurídicos colectivos” o “bienes jurídicos supraindividuales”²⁰². La nueva era de la globalización ha provocado la aparición de nuevos riesgos, como ya he apuntado en más de una ocasión a lo largo de esta tesis. Amenazas como el terrorismo o las crisis financieras y económicas han traído consigo la necesidad (o exigencia) de tutelar nuevos

¹⁹⁸ VALEJE ÁLVAREZ, I., “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII, 1995, p. 368.

¹⁹⁹ ROXÍN, C., “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, 2013, p. 6.

²⁰⁰ Como ya expresa RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ allanándose a la opinión de HASSEMER. Vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., “¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido la función de garantía o legitimadora del Derecho Penal? Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las normas penales”, en *Revista de Derecho Universidad de San Sebastián*, n. 23, 2017, p. 163.

²⁰¹ AMELUNG, K. “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFEDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 231 y 232.

²⁰² Este fenómeno ha sido acogido con no mucha aceptación, intentando dar una explicación o encaje en el sistema penal garantista. Uno de estos autores es BUSTOS RAMÍREZ, el cual determina que los bienes jurídicos colectivos o “supraindividuales” deben ser entendidos “a partir de una relación social basada en la satisfacción de necesidades de cada uno de los miembros de la sociedad o de un colectivo y en conformidad al funcionamiento del sistema social”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987, p. 197. A este respecto, también critica el autor que “el problema a resolver es si estos bienes jurídicos colectivos, por el hecho de referirse al funcionamiento del sistema social y tener un carácter doblemente masivo y universal, pierden su capacidad para ofrecer una base material precisa al ilícito penal”. Vid. BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Control social y sistema...*, Op. Cit., p. 195.

intereses jurídicos, los cuales no pertenecen en exclusiva al individuo, sino que es la sociedad en sí la titular de estos nuevos bienes jurídicos²⁰³.

Aun siendo su origen una exigencia de las circunstancias de la realidad de la globalización lo cierto es que la doctrina ha recibido a los bienes jurídicos supraindividuales con duras críticas, en especial por su dudoso encaje con los principios político-criminales y el mismo Estado de Derecho. De hecho, tal y como opinan MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, “los bienes jurídicos colectivos o universales sólo son legítimos en tanto sirvan al desarrollo personal del individuo”²⁰⁴. Es decir, ambos autores determinan que la protección de bienes jurídicos colectivos será aceptable con carácter excepcional, cuando no existe otra alternativa posible para garantizar el ejercicio de los Derechos Fundamentales, así como la salvaguarda de las garantías procesales.

Si ya los bienes jurídicos “individuales” presentaban grandes dificultades para concretarlos y definir sus contornos, con los nuevos bienes jurídicos colectivos se agrava la situación. Estos nuevos bienes jurídicos no coinciden con una idea más o menos nítida con la realidad material, de hecho, inspira más bien un sentimiento, una sensación²⁰⁵, sustrayendo todo elemento objetivo posible para que fuera factible su determinación.

Pero, si los bienes jurídicos representan básicamente un elemento subjetivo en casi su totalidad, ¿qué podría entenderse por conceptos como seguridad ciudadana o seguridad nacional? Teniendo cada persona una concepción distinta de qué se podría

²⁰³ Existe en torno a este argumento una discusión doctrinal que básicamente estriba en si es posible la titularidad de los bienes jurídicos colectivos al Estado, al tener este personalidad jurídica propia. De hecho, SOTO NAVARRO pone de manifiesto que autores como MUÑOZ CONDE o MÜLLER-EMMERT clasifican los bienes jurídicos en dos categorías dependiendo si su titularidad pertenecen al común de la sociedad o al Estado. Como bien dice la autora, el razonamiento es simple: “si el Estado es necesario para salvaguardar y promover los presupuestos esenciales de la convivencia en sociedad, condición previa es la permanencia del propio Estado y el normal funcionamiento de sus instituciones, por lo que habrá de preservarse a sí mismo frente a los ataques que comprometan su estabilidad”. *Vid.* SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005, p. 888. Sin embargo, y continúa SOTO NAVARRO, “El Estado, en cuanto forma de organización política de una comunidad, no puede ser titular de intereses propios susceptibles de protección penal. Todo atentado contra los órganos estatales o contra el normal desenvolvimiento de su actividad es, en definitiva, un atentado contra la sociedad a la que éstos sirven”. *Vid. Ibidem.*

²⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 56.

²⁰⁵ JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el Derecho Penal del Riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero -junio, 2014, p. 136.

entender por “seguridad” es altamente complicado concretar dicho bien jurídico y, por lo tanto, es igualmente difícil determinar qué se podría considerar una posible lesión.

Esta indeterminación viene dada asimismo por carecer estos bienes jurídicos de un sustrato material, una correspondencia más o menos definida en la realidad, característica que todo bien jurídico debe conservar²⁰⁶. De acuerdo, con FERNÁNDEZ CABRERA “La lesión de los bienes jurídicos que carecen de sustrato físico no consiste en la destrucción o desaparición del mismo, sino en la afección de su funcionalidad, de la misión que el mismo desempeña”²⁰⁷.

Teniendo esto en cuenta, ¿cómo es posible afectar a la seguridad ciudadana o nacional? Mediante el acceso a portales webs de contenido terrorista o bien poseyendo documentos de la misma naturaleza está claro que no.

Debido a que estamos frente a conceptos de una débil concreción sería lógico que, tanto la interpretación de su concepto como la concreción de su lesión, deberían ser bastante severas, con el fin de que se preservara el respeto por el principio de lesividad y la conservación del respeto del Derecho Fundamental de libertad de pensamiento.

Estas características del bien jurídico dejan en evidencia la deficiencia de la que este sufre. De hecho, para que el bien jurídico complete satisfactoriamente su función limitadora es necesario la coordinación con otros principios que de igual modo sirven de límite al *ius puniendi* estatal.

No cualquier afección al bien jurídico podrá ser considerada como un ilícito o, dicho de otro modo, no cualquier conducta que involucre un bien jurídico podrá ser legitimada bajo los parámetros del Derecho Penal Garantista. Para limitar este aspecto, el principio de lesividad determina que solo y exclusivamente aquellas conductas que, bien lesionen o bien pongan en grave e inminente riesgo al bien jurídico podrán tipificarse²⁰⁸.

²⁰⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en el Derecho Penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, n. 30, 1997, p. 17.

²⁰⁷ FERNÁNDEZ CABRERA, M., “A vueltas con la función ...”, Op. Cit., p. 187.

²⁰⁸ MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974, p. 97.

La lesión debe provocar un cambio en la realidad, un antes y después, de forma que sea perceptible^{209/210}. Esta modificación es fácilmente perceptible en el caso de los bienes jurídicos individuales, sin embargo, no resulta tan claro en el caso de los bienes jurídicos colectivos.

Ante la dificultad que afronta el Derecho Penal Garantista para adaptarse a la realidad social han surgido teorías funcionalistas del bien jurídico, las cuales están teniendo una gran acogida por el legislador penal español. Ya he analizado este punto en los epígrafes precedentes, por lo que en esta ocasión nombraré los aspectos necesarios y me remitiré en todo momento a lo ya anteriormente dicho.

De acuerdo con el pensamiento del jurista alemán JAKOBS, el daño no debe recaer sobre la lesión de valores o intereses imprescindibles para la convivencia en la sociedad, sino que el elemento digno de protección penal es, sola y exclusivamente la vigencia de la norma²¹¹. Es decir, JAKOBS crea su propia convicción del bien jurídico, de este modo, la pena será la consecuencia jurídica, no de la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino aquella que se deriva del incumplimiento de la norma²¹². Para ello acude al siguiente razonamiento “Es la norma la estructura de la sociedad, y, por tanto, el bien jurídico-penal protegido no es más que la vigencia de la norma, su validez y estabilidad, ya que un orden normativo sólo es real cuando dirige la comunicación”²¹³.

Centrémonos más detenidamente en las consecuencias de este pensamiento. Si aquello que es meritorio de protección penal reside en la norma pura, esta podría tener cualquier contenido, aunque esto significase que no se respetaran los pilares de la Democracia y del Estado de Derecho. El Derecho Penal perdería de este modo su función limitadora del *ius puniendi*, pasando a ser cómplice de la destrucción del Estado de Derecho en pos de la creación de un Estado policial e intervencionista. Sin límites no se

²⁰⁹ ALCÁCER GUIRAO, R., *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003, p. 101.

²¹⁰ Resulta más complicado determinar cual sería el nivel de riesgo adecuado que la sociedad estaría dispuesta a aceptar con el fin de mantener el principio de lesividad y, al mismo tiempo, la seguridad de los bienes jurídicos. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013, p. 138.

²¹¹ *Vid.* JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 11, 2001, p. 26.

²¹² JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción realizada por CUELLO CONTRERAS, J. / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 13 y ss.

²¹³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., “¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido ...”, *Op. Cit.*, pp. 164 y 165.

podría asegurar el respeto de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas, lo que a su vez significaría un deterioro de la calidad de la Democracia al estar estos límites supeditados a la interpretación puntual del legislador.

Y este interés cada vez más responde a un afán prevencionista por parte del legislador. En estos términos lo expresa JIMÉNEZ MEJÍA cuando denuncia que “acudir o no al Derecho Penal depende ahora de la sensación percibida de un daño potencial y no del daño como tal. La sensibilidad al riesgo ha llevado a funcionalizar el Derecho Penal como un medio para amenazar, prevenir, paralelo y no residual a otras medidas de control”²¹⁴.

Al retrotraer demasiado la barrera de punibilidad con el fin de garantizar una amplia prevención, el tipo penal no tiene más opción que redactarse en modo abstracto y demasiado amplio lo que no favorece en absoluto a las normas de convivencia. Y es que cualquier conducta, lesione o no efectivamente a un interés merecedor de tutela penal (o no), podría insertarse en su enunciado. Lo que lleva a no tener claro qué conductas serán castigadas y cuales no, provocando incertidumbre en los miembros de la sociedad. La seguridad jurídica, por tanto, tampoco sería respetada. El carácter intuitivo presente en el Derecho Penal desaparecería, quedando condicionado la concreción de una conducta a la interpretación del Estado y sus instituciones.

Esto es sinónimo de arbitrariedad e ineficacia, provocando una pérdida de confianza en el mismísimo sistema penal doble: por una parte, por no garantizarse un concreto y adecuado ejercicio de los Derechos Fundamentales, y por otra; por no presentarse tan claro el hecho determinado que será objeto de Derecho Penal, tanto para la comprensión de los miembros de la sociedad como para las mismas instituciones estatales, entre ellos jueces y magistrados.

El Derecho Penal no puede adoptar la función pedagógica para solucionar los problemas sociales, que además son imposibles de solucionar por esta vía y que, sin embargo, podría resolverse por un sistema distinto al duro Derecho Penal²¹⁵.

²¹⁴ JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material...”, Op. Cit., p. 136.

²¹⁵ El principio de *ultima ratio* o de intervención mínima del Derecho Penal está hoy en día ausente de las políticas criminales del legislador. Es tal el afán prevencionista y la voluntad de contentar a la sociedad de forma que su

Es por esta razón por la que resultan tan importantes los límites (a veces incluso más que los propios Derechos Fundamentales), ya que sin estos solo se puede esperar abusos y en consecuencia la desaparición, o al menos el deterioro, del estado de Derecho, volviendo a condiciones propios de un Estado absoluto y dictatorial.

Así las cosas, a pesar de que el “bien jurídico” no sea suficiente y a veces incluso poco eficaz, es innegablemente necesario para el mantenimiento de la democracia. De lo contrario las consecuencias que se producirían serían peores que la propia insuficiencia de la que adolece el bien jurídico, dando licencia y manga ancha para la tipificación de conductas que solo tendrían cabida en un sistema dictatorial, pero nunca en un Estado de Derecho.

Estas consecuencias se concentran todas en el delito de autoadoctrinamiento terrorista, regulado en el art. 575.2 CP. Posteriormente, se hará un análisis del mismo, poniendo de manifiesto el gran error que supone ignorar los principios básicos del Derecho Penal, el límite más férreo al *ius puniendi*.

1.3. El principio de intervención mínima

El Derecho Penal de corte garantista se caracteriza a su vez por ser un Derecho Penal Mínimo. Esto quiere decir, que la maquinaria penal solo podrá ponerse en marcha cuando todos los mecanismos que se han debido usar anteriormente, y se han usado de forma adecuada, han fracasado²¹⁶.

Es necesario recordar que el Derecho Penal no es el único mecanismo o instrumento de control de la sociedad, sino que además de este existen otros mecanismos

satisfacción se traduzcan en réditos electorales que no acuden a otras ramas del ordenamiento jurídico, sino que avanzan directamente al recurso del Derecho Penal. Ya lo dice JIMÉNEZ MEJÍA cuando expone la realidad actual al exponer que “la sensibilidad al riesgo ha llevado a funcionalizar el Derecho Penal como un medio para amenazar, prevenir, paralelo y no residual a otras medidas de control”. Vid. JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material...”, Op. Cit., p. 136.

²¹⁶ De hecho, muchos autores, entre ellos GARCÍA PABLOS DE MOLINA confiesan que el Derecho Penal no es la “panacea” que solucionará los problemas de la actual sociedad, como así lo espera el legislador, sino que sería más útil tratar ciertos temas con otras disciplinas del Derecho, que tendrían mejor funcionamiento que el Derecho Penal. Vid. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, A., *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Universitaria, Madrid, 2005, p. 583.

formales de control, existiendo incluso mecanismos informales. Los mecanismos informales de control social se sitúan en la base de la convivencia social. Lo constituyen elementos esenciales, tales como la familia, la escuela, la religión o la moral²¹⁷. Es decir, estos elementos sirven de correctivo y de instrumento de educación para el sujeto mediante los cuales el sujeto construirá sus valores y principios, lo que hará que no sea necesario que se aplique el Derecho Penal de forma recurrente.

Sin embargo, en algunas ocasiones los mecanismos informales fallan o bien no son accesibles a todos los miembros de la sociedad. Para este caso se reservan pues los mecanismos de control formales²¹⁸. Este grupo lo integra esencialmente el instrumental legal. El Ordenamiento Jurídico cuenta con numerosas especialidades del Derecho, tales como el Derecho Administrativo, el Derecho Mercantil, el Derecho Civil, el Derecho Laboral, el Derecho Fiscal y por supuesto el Derecho Penal. Ahora bien, antes de aplicar el Derecho Penal y atendiendo al principio de subsidiaridad, el Derecho Penal será la última alternativa a recurrir.

La gravedad²¹⁹ de las consecuencias jurídicas que se derivan de su aplicación en el caso en el que se produzca un delito, siendo una de ellas la pena de prisión, es la que provoca que el Derecho Penal sea el último recurso al que acudir. La disciplina Penal será la única legitimada para privar del derecho de libertad de una persona, lo cual no es una cuestión baladí. Es por esta razón por la que el resto del Ordenamiento Jurídico será el encargado de intentar solucionar el problema antes de que este llegue al terreno del Derecho Penal. Esto es lo que se conoce como el “principio de ultima ratio” o “principio de subsidiaridad del Derecho Penal”.

Ante este panorama, parece inverosímil que junto con este principio pueda coexistir en el Código Penal español el delito de autoadocctrinamiento terrorista, conducta

²¹⁷ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 31-33.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ De hecho, con la introducción de la posibilidad de poder ingresar en prisión tan solo 3 meses la doctrina parece escéptica en que esta pena tenga algún beneficio para la resocialización del sujeto, una de las funciones principales de la pena. La consecuencia sería la contraria a aquella que se pretende. En este tipo de penas de corta (cortísima) duración tan solo podrá acarrear lo que ya se conoce con el nombre de “efecto contagio”. Vid. JORGE BARREIR, A., “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *La reforma de la Justicia Penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Ed. Universitat Jaume I, Castellón, 1997, p. 82.

que no solo adelanta la barrera de punibilidad hasta el extremo del pensamiento, sino que quiere convertir la herramienta penal en un correctivo de conductas que no están socialmente aceptadas por la mayoría de la comunidad.

La cuestión del adelantamiento de las barreras de punibilidad y la fragilidad del principio del hecho, muy ligado al principio de intervención mínima en este nuevo delito de autoadoctrinamiento, serán estudiados con más profundidad en las siguientes páginas, por lo que me remito al próximo apartado y al Capítulo III, respectivamente.

Además del carácter de subsidiaridad del Derecho Penal hay que tener en cuenta que no todas las conductas lesivas del bien jurídico serán merecedoras de la protección por parte del Derecho Penal. En atención pues con el Derecho Penal Mínimo, exclusivamente se castigarán aquellas conductas que se consideren como un grave e inminente o real peligro para el bien jurídico²²⁰, dejando fuera del alcance penal un daño leve o insignificante, que no merezca la aplicación del Derecho Penal.

1.4. El principio de personalidad y proporcionalidad de las penas

La pena es una de las consecuencias jurídicas de la comisión del hecho delictivo, junto con las medidas de seguridad y la responsabilidad civil. Al constituir un método tan agresivo contra los Derechos Fundamentales de los individuos, la pena deberá reunir una serie de límites que se materializan en forma de garantías.

En primer lugar, el Derecho Penal de naturaleza garantista se basará en el hecho, y no en la personalidad de la persona. En otras palabras, no se podrá castigar aquello que se piensa o por cómo se es, sino que solo sería merecedor de reproche penal la conducta

²²⁰ Se trata de uno de los principios más deteriorados en la actual tendencia de la política criminal. Como ya se verá a lo largo del presente estudio están proliferando la tipificación de conductas que no se podrían considerar siquiera como actos preparatorios punibles. La tendencia actual es pues, el adelantamiento de las barreras de punibilidad hasta límites que poco respetan la legalidad y constitucionalidad de las normas penales.

llevada a cabo por el sujeto²²¹. El pensamiento pues, no delinque²²². Asimismo, la pena va dirigida y se aplicará a aquella persona que haya realizado la conducta, no cabe entonces la responsabilidad penal colectiva.

Es necesario traer a colación aquí otro principio esencial para el Derecho Penal de Garantías: el principio de proporcionalidad de las penas. La pena es la consecuencia jurídica del delito más gravosa que existe, y ha sido de hecho un recurso usado por Estados no democráticos como arma de castigo y humillación de los reos. En muchas de estas ocasiones el “castigo” impuesto no se correspondía con la conducta realizada o por lo menos con el grado de gravedad de este. Debido a que el sistema democrático se debe al respeto de los Derechos Humanos y en especial al derecho a la dignidad, la pena en ningún momento podrá ser caracterizada de inhumana o que reporte algún tipo de humillación a quien la padece, por muy grave que haya sido la conducta. Al mismo tiempo, el sujeto no podrá padecer una pena desproporcionada o dicho de otro modo, que no se corresponda en gravedad, características y duración con respecto al delito cometido. Es por esta razón por la que penas extremadamente graves como lo son la cadena perpetua o la pena de muerte contradicen el principal propósito y naturaleza del Estado Constitucional de Derecho²²³.

Hasta aquí se ha realizado un superficial repaso de qué se entiende por Derecho Penal Garantista y el que se corresponde con el Derecho Penal de un Estado de Derecho y constitucional. Sin embargo, la actual tendencia de la política criminal está provocando

²²¹ No obstante, y como explicaré más adelante, parece que los nuevos tipos delictivos se basan más en un Derecho Penal de Autor. Esta alarmante situación pone en riesgo el Derecho Penal de garantías “desevolucionando” hasta las fronteras limitórofes con el Derecho Penal propio de las dictaduras, en las que se criminalizaba la moral desviada.

²²² Así de hecho lo ha recordado recientemente la STS 979/2017, de 26 de febrero de 2018 (TOL.6.525.748; PONENTE: ALBERTO G. JORGE BARREIRO), en su Fundamento Jurídico número 2: “El Derecho Penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia”.

²²³ Este es uno de los debates más en auge en la actualidad. Desde que se aprobó la pena de prisión permanente revisable no cesan los conflictos ideológicos entre la sociedad y gran parte de la doctrina penal y un importante grupo de humanistas y psicólogos al respecto. Vid. De hecho, este conflicto o debate se materializa en el Congreso de los Diputados donde se ha discutido la dudosa constitucionalidad de la medida y de su encaje en el Ordenamiento Jurídico español. No obstante, casos como los de Diana Quer o Gabriel Cruz (dos menores víctimas de desapariciones y posteriores asesinatos) cuyos casos trascendieron significativamente a la opinión pública han avivado dicho debate, llegando en muchas ocasiones a exigir la pena de prisión permanente revisable en muchos más casos. Esto es debido a un desproporcionado e inadecuado tratamiento y abordaje de los citados casos, los cuales crean una sensación de impunidad e injusticia. No obstante, me detendré a discutir y a analizar este asunto más tarde.

modificaciones sustanciales y continuas en las estructuras de este sistema como explicaré a continuación.

2. La realidad actual y su influencia en la política criminal

2.1. Nuevas formas de interacción, las consecuencias de la globalización

La humanidad ha conseguido en las últimas décadas más avances tecnológicos, científicos y sociales que en el resto de la historia del ser humano. La digitalización de los procedimientos, los avances en las comunicaciones, la invención de Internet y la instauración de constituciones rígidas y protectoras de Derechos Fundamentales y sociales para la totalidad de la sociedad son considerados saltos cualitativos²²⁴ para la mejora de la esperanza y la calidad de vida del ser humano, hayándose en un nivel de seguridad y bienestar sin precedentes.

La globalización junto con la aparición de Internet, empero, han marcado el punto de referencia en la “nueva evolución” del ser humano. Gracias a esta invención el ser humano se encuentra más conectado, ya que, aunque dos personas se sitúen en diferentes puntos del globo terráqueo no es inconveniente para comunicarse entre sí. De hecho, ya no es necesario desplazar a profesionales sobre un tema para por ejemplo dar una conferencia o asesorar en una cirugía, pues por medio de la tecnología y la gran velocidad y calidad de la comunicación instantánea es posible completar este objetivo casi con las mismas condiciones que se darían si esa persona efectivamente estuviera presente.

²²⁴ Así lo expresa BORJA JIMÉNEZ cuando describe dos efectos opuestos que se están manifestando debido a la globalización: “Por un lado, la homogenización del mundo en la imposición del neoliberalismo económico, del ideario político de las democracias occidentales (y de sus valores de cultura fuertemente individualistas) y acompañado de la creciente incorporación de las nuevas tecnologías en la vida cotidiana. Y por otro lado, la creación de bolsas de pobreza cada vez mayores, de sectores marginados que poco o nada se benefician de la mundialización de la economía, y del surgimiento de un fuerte sentimiento de rechazo a los valores occidentales en grupos humanos étnicamente diferenciados, o con otras culturas o de otras civilizaciones distintas del modelo de vida occidental. Sin duda, este segundo aspecto está íntimamente relacionado con la extensión, también global, del terrorismo en el mundo”. La globalización, por lo tanto, se podría representar como una moneda de dos caras. Una de las caras se interpretaría como aquellos avances y beneficios que la conexión entre personas y los avances tecnológicos están trayendo consigo, mientras que la otra cara de esta moneda simbolizaría estos mismos avances, pero usados con el fin de delinquir. Vid. BORJA JIMÉNEZ, E., “Globalización y concepciones de Derecho Penal”, en *Revista Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2019, pp. 183 y 184.

Aunque son muchos los beneficios que han traído consigo los avances tecnológicos y en especial Internet y la digitalización, han aparecido al mismo tiempo y como efecto de estos una serie de “desafíos”. En efecto, la inmediatez de las comunicaciones, las transacciones económicas instantáneas, la globalización del comercio y el sencillo y rápido desplazamiento de una punta del mundo a otra han reportado múltiples facilidades a los grupos criminales²²⁵ para cometer delitos a nivel mundial y con una oportunidad de huida rápida y sencilla. El crimen se ha transnacionalizado²²⁶.

Esto causa irremediablemente unos inconvenientes con respecto a la persecución del delito. Los Estados se han encontrado con un desafío de proporciones colosales e imprevistas, pues la comisión de un delito puede haberse efectuado desde un Estado extranjero pero el bien jurídico dañado reside en el territorio local.

Sin duda los principales beneficiados por esta realidad son las organizaciones criminales, ya sean con fines económicos (mafia) o bien político o religioso (terroristas). Organizaciones terroristas como Al Qaeda o DAESH, como ya se ha señalado más arriba, han convertido Internet en su caballo de batalla, e inevitablemente esto los ha catapultado a la globalidad y su internacionalidad. Esto se ha hecho patente al mundo, especialmente, desde los atentados terroristas del 11S en 2001 perpetrados por Al Qaeda. El ataque, sencillo y económico en sí, se saldó con más de 2.000 víctimas mortales, una cifra sin precedentes en la historia del terrorismo.

Ante este desafío, la comunidad internacional, especialmente Estados Unidos, se sume en una importante preocupación, situándose en este momento el punto de inflexión y de no retorno de la política criminal global actual²²⁷.

²²⁵ Como bien afirma CASTILLO MORO, la globalización ha beneficiado en gran medida a las redes criminales, las cuales sacan partido del comercio internacional y asimismo buscar posibles lagunas legales de punibilidad. *Vid.* CASTILLO MORO, M., *Miedo, control social política criminal. Una visión multidisciplinar de la seguridad, derechos y libertades*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, p. 115 y ss.

²²⁶ MIR PUIG muestra en su estudio una serie de claves que han producido un drástico cambio en la percepción de la seguridad en la calle. Entre ellos destaca la modernización del mercado, el avance tecnológico y su impacto entre las nuevas formas de interacción social. *Vid.* MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal ...”, *Op. Cit.*, pp. 10 y ss.

²²⁷ Como ya afirman TERRADILLOS, MUÑOZ CONDE y CANCIO MELIÁ no se trata de un fenómeno nacional, sino que la política criminal tiene un carácter cada vez más internacional. Sin embargo, la tendencia es preocupante, como veremos a continuación la política criminal ha dado un giro desde los atentados del 11S. De esta manera, gran parte de la doctrina,

2.2. Una sociedad amedrentada. El tradicional binomio seguridad-derechos

El efecto inmediato y consecencial de esta serie de ataques en la primera década del siglo actual propagó un terror alarmante y una acusada sensación de inseguridad entre los miembros de la sociedad. A partir de entonces tomó una gran importancia la “seguridad”. Pese a que nos encontramos en una de las épocas más seguras y con los índices más bajos de criminalidad de la historia²²⁸ la sensación generalizada de inseguridad aumenta a gran escala. Esta sensación de inseguridad es una de las principales características de las sociedades modernas, a la que gran parte de la doctrina se refiere como “sociedad de riesgo”. Su origen reside en las sociedades postindustriales y se caracteriza por el origen de dicho riesgo, que reside en la naturaleza humana y sus creaciones²²⁹, y no en las catástrofes naturales como ocurría en el pasado. Así pues, la sociedad de hoy en día es cada vez más consciente del riesgo con el que convive y se desarrolla no ocultando su rechazo al riesgo²³⁰. Muchos son los factores que provocan

tanto nacional como internacional, han manifestado su preocupación con respecto al cambio de dirección de la política criminal hacia una tendencia más severa y limitadora de derechos.

El Derecho Penal europeo ha evolucionado hacia una legislación simbólica con impulsos punitivistas, lo cual está produciendo una expansión cuantitativa y cualitativa del Derecho Penal. *Vid.* CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, mayo-agosto 2008, p. 247.

Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016, pp. 20 y ss.

Vid. MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo»?”, en *Revista Penal*, n. 21, enero 2008, pp. 94 y ss.

²²⁸ Así se puede ver en el estudio llevado a cabo por *Eurostat, Statistics Explained*, en el que se refleja que los casos han ido reduciéndose año por año y que además España es uno de los Estados miembro de la Unión Europea que menos criminalidad tiene.

Vid. “Intentional homicides, 2016 (police-recorded offences per 100 000 inhabitants”, en *Eurostat, Statistics Explained*, en (última visita: 06/11/2018): [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_\(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants).png)

²²⁹ La sociedad del riesgo es un concepto que se comenzó a usar a comienzos de siglo y que está íntimamente relacionada con los avances de la ciencia, especialmente con los científicos y tecnológicos. De acuerdo con BECK, “la sociedad moderna se ha convertido en una sociedad del riesgo en el sentido de que cada vez está más ocupada debatiendo, previniendo y gestionando los riesgos que ella misma ha producido. Muchos objetarán que bien puede ser así pero que el tratamiento de los riesgos es más bien indicativo de una cierta histeria y de unas políticas basadas en el miedo e instigadas y agravadas por los medios de comunicación”. *Vid.* BECK, U. / SABIOTE GONZÁLEZ, M^a. Á. / MELLADO LÓPEZ, Y. (trads), *Vivir en la sociedad del riesgo mundial, Serie Relaciones Dinámicas Interculturales*, n. 8, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007, p. 8.

²³⁰ De acuerdo con DÍEZ RIPOLLÉS, la sociedad es más consciente de sus “posibilidades comunicativas y discursivas”, a lo que se le une una importante obsesión por “el aseguramiento del ámbito privado de comportamientos”. *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / NIETO MARTÍN, A.

esta sensación de seguridad, pero la doctrina penal española señala como fuente de esta sensación de inseguridad unos factores concretos, a saber: crimen de corte transnacional; difícil prevención de los ataques; el margen de alcance de los medios de comunicación y su cuestionable modo de informar (alarmar) a la sociedad; y lenguaje bélico a la hora del Estado referirse a la criminalidad.

2.2.1. Criminalidad transnacional

El crimen ya no se limita a unas fronteras y a unos individuos determinados, sino que este pasa a operar globalmente y de forma indiscriminada. Tanto la modalidad de comisión del crimen, el perfil del criminal y el tipo de víctima ahora se caracterizan por constituir un margen más amplio en cuanto a su identificación²³¹. En otras palabras, el crimen es más accesible a personas que en principio no tenían la capacidad o al menos la información o los medios necesarios para llevar a cabo la conducta y al mismo tiempo el grupo de víctimas a las que afectar es mayor. Existe pues más oportunidad de delinquir y más probabilidades de convertirse en víctima que en los años precedentes.

Estas condiciones forman el caldo de cultivo perfecto para crear una percepción de impunidad²³², la cual viene originada por la facilidad de huir a Estados extranjeros y

/NEUMANN, U. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, p. 148.

²³¹ RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El terrorismo en la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, n. 36, mayo/agosto 2010, p. 151, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3332154>

²³² En la última década se ha desarrollado un movimiento contrario a la impunidad, es decir, que ningún crimen quede sin su correspondiente responsabilidad jurídica. Su éxito, tal y como apunta SILVA SÁNCHEZ en su artículo detallado sobre este asunto, se debe al auge y a la popularidad que han adquirido en los últimos años el movimiento de “impunidad cero” se debe esencialmente al auge del protagonismo de los Derechos Humanos y de los Tribunales Internacionales.

Sin embargo, esto puede derivar en una consecuencia nada beneficiosa para el Derecho Penal y su configuración. Si se acepta y se asimila este fenómeno varias normas por las que se rige el Derecho Penal se verían lesionadas, tales como el principio de no retroactividad o la misma institución de la prescripción delictiva, la cual contravendría el principio de seguridad jurídica.

Este fenómeno al mismo tiempo está estrechamente relacionado con el especial tratamiento que se le está dando a la víctima. La víctima debe ser “recompensada” por el agravio sufrido, de forma que el autor no debe, en ningún caso

de difícil cooperación con el sistema de justicia y su jurisdicción, a lo que se le suma la difícil determinación de estructuras criminales en forma de redes y en dirección horizontal²³³.

El criminal podría afectar a un bien jurídico no siendo necesario trasladarse al lugar en concreto en el que esta afección es considerada como típica, lo que alimenta el temor de los miembros de la sociedad a convertirse en víctimas de un delito²³⁴ y a su vez incrementa la obsesión por la seguridad total. Ante esta situación, la sociedad pone en tela de juicio la verdadera eficacia del Ordenamiento Jurídico y de las instituciones encargadas de hacer que se cumpla con el funcionamiento del mecanismo.

2.2.2. Imperceptibilidad de la comisión de ciertos tipos de crímenes

Al hilo de lo expuesto anteriormente, Internet proporciona al criminal un anonimato que hace bastante más complicadas las labores de investigación, especialmente las de identificación del sujeto y del lugar donde se llevó a cabo la conducta²³⁵.

La actividad de la llamada Deep Web (web profunda), escapa a todo Ordenamiento Jurídico. En este espacio tienen lugar “negocios” que difícilmente conjugan con la legalidad que van desde la compra de órganos o intercambio de material

quedar sin castigo. Obviamente esto desconfigura los pilares del Derecho Penal, pero que entraré a analizar más a fondo próximamente.

Consúltense ampliamente SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, n. 86-87, 2008, pp. 150-156.

²³³ SÁNCHEZ, V. / YUBERO, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016, p. 7, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2016/DIEET12-2016 RedesCriminales VSchezMoreno BYubero.pdf

²³⁴ De hecho, este sentimiento de inseguridad es un rasgo propio de las sociedades postindustriales, las cuales son también conocidas como “sociedades de riesgo”. El sujeto es cada vez más consciente de los peligros a los que se enfrenta y existe pues un miedo generalizado a poder convertirse en víctima de un delito. *Vid.* CALLEGARI, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho Penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010, p. 23.

²³⁵ Es esto de hecho, lo que hace realmente un desafío la perseguibilidad de la criminalidad por medio de la investigación policial y judicial. Estas nuevas amenazas son las que están en buena medida forzando el cambio de la política criminal.

con contenido de pornografía infantil hasta la contratación de sicarios para cometer un asesinato. No responde a una regulación conforme a derecho, convirtiéndose en el espacio perfecto para organizaciones criminales y terroristas y depredadores sexuales en el que solamente es “recomendable” aventurarse en sus profundidades si se es ducho con las nuevas tecnologías.

Ante esta amenaza y con el fin de impedir la comisión de graves delitos con total impunidad, los servicios de inteligencia trabajan en este terreno virtual para rastrear ilegalidades. No obstante, esta tarea no es fácil y de hecho es más usual la acción de contrapropaganda²³⁶ por esta vía.

2.2.3. El papel de los medios de comunicación y el alcance de la información en un mundo hiperconectado

Como se ha dicho a lo largo de este epígrafe, el mundo está más conectado. Las nuevas tecnologías permiten conocer a un “clic” qué es lo que ocurre en cada momento. Los medios de comunicación se han visto altamente beneficiados de los avances tecnológicos y son capaces de poner a disposición del ciudadano nuevas noticias en cuestión de segundos en cualquier parte del mundo. Realidad que contrasta con décadas precedentes, en las que el sujeto solo tenía acceso a las noticias de su alrededor, acontecimientos locales y en ocasiones nacionales²³⁷.

Pero en la actualidad, la sociedad es bombardeada por noticias de todas partes del mundo y ya no solo en el formato televisivo, sino que además estas noticias pueden llegar

²³⁶ Servicios de inteligencia tales como FBI o la CIA tratan de combatir amenazas como terrorismo por medio de la contrapropaganda y no tanto por la persecución de delitos. Uno de estos casos es el hackeo de la principal revista de Al-Qaeda, Inspire, en la que consiguieron intercambiar un artículo llamado “Make a Bomb in the Kitchen of Your Mom” (Cómo hacer una bomba en la cocina de tu mamá) por una receta de cupcakes (magdalenas). Aunque no se consigue frenar la comisión de delitos si que sirve como técnica de desmoralización y desacreditación hacia la organización terrorista en concreto. *Vid.* Noticia “British intelligence used cupcake recipes to ruin al-Qaida website”, en *The Guardian*, en (última visita: 19/03/2018): <https://www.theguardian.com/uk/2011/jun/02/british-intelligence-ruins-al-qaida-website>

²³⁷ Uno de los nuevos delitos son los delitos de odio a través de Internet. La conducta esta vez toma una dimensión diferente y es que la preocupación reside en la capacidad de permanencia y alcance de este tipo de consignas. *Vid.* RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El discurso del odio a través de internet”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos del odio*, colección Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos, n. 12, 2015, p. 151.

a través de redes sociales, o portales webs de estos medios de comunicación. Existe pues, un exceso de información a la que los medios convencionales de información (televisión, periódico o radio) tienen que hacer frente. En este contexto no es sencilla la competencia de estos medios de comunicación tradicionales con las plataformas virtuales, por lo que se han visto obligados a probar nuevas estrategias de atracción de espectadores con el fin de conseguir los máximos niveles de audiencia. La estrategia a seguir se basa en las noticias sensacionalistas y el objetivo principal ya no es dar la noticia de una forma objetiva, sino que se centra en causar un gran impacto en la sociedad y conseguir así altas cotas de audiencia. Muy gráficamente lo señalan ALBRECHT²³⁸ y CALLEGARI “se comercia con la criminalidad y su persecución como mercancía de la industria cultural. Consecuentemente, la imagen pública de esa mercancía es trazada de forma espectacular y omnipresente, superando incluso la frontera de lo empíricamente contrastable”²³⁹. Al igual afirma CALLEGARI: “con esto, los medios de comunicación masiva promueven, en decurrencia de intereses meramente mercadológicos, un falseamiento de los datos de la realidad social, generando enorme alarde al vender el “crimen” como un producto rentable, lo que redundo en el aumento del clamor popular por el recrudecimiento de la intervención punitiva...”²⁴⁰

A este fenómeno hay que sumarle que los medios de comunicación han encontrado en los casos judiciales buen material para conseguir altas cotas de audiencia. Casos como “Marta del Castillo”, “La Manada” o “Diana Quer” son aprovechados por ciertas cadenas para llenar sus programas con contenido morboso y de gran atracción para la sociedad²⁴¹. Este tratamiento inadecuado de la información se caracteriza por exagerar la realidad, demonizar al criminal y darle a la víctima un papel de protagonismo sin precedentes²⁴². De esta manera, el espectador conecta empáticamente con el sufrimiento

²³⁸ ALBRECHT, P. A., “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, en ROMERO CASABONA, C. M. (Dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 480.

²³⁹ *Ibidem*.

²⁴⁰ CALLEGARI, A.L., “Crimen organizado...”, Op. Cit., p. 18.

²⁴¹ PASCUAL MATELLÁN, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho Penal deshumanizado”, en *Revista CLIVATGE*, n. 3, 2015, p. 60.

²⁴² El tratamiento de la víctima en el Derecho Penal ha sido uno de los grandes cambios de los últimos años. Este cambio de perspectiva se deba seguramente al auge del sistema de Derechos Humanos, el cual gira principalmente entorno a la víctima. Debido a la celebración de tratados internacionales de Derechos Humanos y el compromiso de los Estados a cumplir con sus disposiciones se está sufriendo una internacionalización del Derecho Penal. Esta internacionalización se está dando en dos sentidos que a la vez se retroalimentan. Por una parte, la legislación internacional junto con los

de aquellos que padecen o han padecido las consecuencias y experimentan una sensación de inseguridad que desemboca en una falta de confianza en el sistema, especialmente en el sistema de justicia²⁴³.

La sensación de inseguridad alimentada por estos medios de comunicación, además de atentar con varios derechos y libertades procesales del acusado (presunción de inocencia) empuja a los miembros de la sociedad a exigir más seguridad y contundencia contra el crimen²⁴⁴. A su vez, los partidos políticos atendiendo a estas demandas y beneficiándose de esto como caballo de guerra de cara a la campaña electoral llevan a término la promulgación de nuevas leyes o bien reformas del Código Penal²⁴⁵.

sistemas regionales de carácter jurídico anima a los Estados a celebrar este tipo de acuerdos, lo que especialmente ocurre con la Unión Europea, la cual, obliga a sus Estados Miembros a armonizar lo dispuesto en sus tratados o directivas con los ordenamientos jurídicos de dichos Estados. Por otro lado, e influido por el fenómeno anterior, el Derecho Penal se aleja más del Derecho Penal tradicional acercándose más a un Derecho Penal internacional, lo cual provoca fricciones en las estructuras del Derecho Penal. Como ya adelanté, el principal fenómeno es el protagonismo otorgado a la víctima y la corriente de la impunidad cero. Es cierto que las víctimas tienen derecho a conocer la verdad, pero tal y como duda SILVA SÁNCHEZ, lo preocupante es que esta verdad deba ser dada por el Derecho Penal. El derecho a saber la verdad de la víctima entraría en conflicto con el derecho a no declarar contra sí mismo el acusado y el principio de presunción de inocencia del mismo. En todo caso, el derecho de la víctima a tener conocimiento de la verdad es posible llevarlo a cabo por medio de otras vías que no tiene por qué ser la penal, como bien puede servir el Derecho civil. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen ...”, *Op. Cit.*, p. 160.

Junto con esta corriente ha aparecido en los últimos años otra muy similar, que se puede reconocer como “derecho de la víctima al castigo del autor”. Es extremadamente peligroso este punto de vista pues, en todo caso, el proceso no sería imparcial, ya que este se vería proclive a satisfacer a la víctima, pensando además únicamente en la función retributiva de la víctima. Ya lo ha apuntado muy oportunamente SILVA SÁNCHEZ, este “derecho” de la víctima al castigo del autor para conseguir así una compensación trae a la mente la imagen de la “Ley del Talión”, por lo que el Derecho Penal quedaría eclipsado por la “venganza”. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen ...”, *Op. Cit.*, p.167. Y no sería esta una venganza cualquiera, sino que además contaría con el apoyo de las instituciones estatales.

El Derecho Penal no ha sido concebido como arma de venganza, sino como garante de los límites del *ius puniendi* del legislador, y de determinados derechos y garantías. En un proceso en el que no existe la imparcialidad no es un sistema garante, no es un sistema propio de un Estado de Derecho y se basa en el castigo, en el que se consideraría al presunto culpable como “enemigo”. La venganza, en Derecho, nunca significó justicia.

²⁴³ MIRANDA, M., “El populismo punitivo”, en *Ponencias de Jornadas de Jueces de Pueblo*, 23 y 24 de noviembre de 2006, Jueces y Juezas para la Democracia, p. 3, en: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>

²⁴⁴ GARCÍA ARÁN, M. / PERES NETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 1, 2009, pp. 284 y ss, en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPenalyCriminologia-2009-1-30320/PDF>

²⁴⁵ Es a esto lo que se le conoce como “populismo punitivo”, fenómeno que se estudiará más adelante.

Las exigencias de la población no se hacen esperar y exhortan a los poderes del Estado a mostrarse más contundente con el crimen. La confusión entre justicia y venganza se materializa, lo que somete a los poderes públicos a una gran presión. Tanto el legislativo como el ejecutivo ven una oportunidad de ganarse la confianza de sus votantes y atienden de buen agrado a las exigencias. En cuestión de tiempo se anunciará una nueva reforma del Código Penal pretendiendo dar una imagen de legislador comprometido²⁴⁶ y serio, al mismo tiempo que logra calmar a la población y consigue beneficios electorales a su favor. Aunque la huida al Derecho Penal tiene un efecto rápido entre las masas, la confianza producida no perdura por mucho tiempo²⁴⁷.

El Derecho Penal se ha convertido en la “panacea”²⁴⁸ para apaciguar a la sociedad cada vez que surge un conflicto social de gran relevancia en la población. Sin embargo, el legislador no está pensando en el Derecho Penal como tal, protector de bienes jurídicos y garantías procesales de los sujetos implicados en el proceso, sino que tiene en su mente la imagen del Derecho Penal meramente retributivo. Se configura así el Derecho Penal como un instrumento del Estado, una instrumentación que ha pervertido las estructuras básicas del Derecho Penal.

De esta manera el Derecho Penal parece una herramienta rentable²⁴⁹ para controlar los riesgos por los que las masas se sienten atemorizadas. Para este fin el legislador se ha visto obligado a anticipar la barrera de punibilidad²⁵⁰. Aquel carácter extremadamente prevencionista del legislador al que nos referíamos más arriba, es lo que está dando lugar a forzar los modelos delictivos. Si anteriormente primaban los delitos de lesión,

²⁴⁶ CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, en JAKOBS, G / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 68.

²⁴⁷ Precisamente recurrir de forma insistente al Derecho Penal y además elaborar tipos penales inviables para su aplicación, como ya veremos en el desarrollo del discurso, en realidad tiene un efecto contrario. Los ciudadanos, al comprobar que tribunales no aplican este tipo de preceptos penales (eso sí, debido a su complicado encaje con las reglas básicas de Derecho Penal), pierden confianza en el mismo sistema de justicia.

²⁴⁸ El Derecho Penal, como bien expresa LANDROVE DÍAZ, se ha convertido en un arma política, un instrumento de propaganda electoral que solo aporta soluciones “simbólicas”. Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho Penal*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2009, p. 59.

²⁴⁹ MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo”, en *Revista Política criminal*, vol. 12, n. 24, diciembre 2017, p. 704 / MUSCO, E., “La irracionalidad del Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 16, 2014, p. 2.

²⁵⁰ La anticipación viene ligada al mismo tiempo a la expansión del Derecho Penal sirviendo esta de coartada de la seguridad y su preservación que sirven al legislador actual. Vid., LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo...*, Op. Cit., p. 59.

respetándose así los principios de mínima intervención y el de lesividad, ahora proliferan los delitos de peligro, especialmente los delitos de peligro abstracto²⁵¹. No es extraña esta consecuencia si se tiene en cuenta del surgimiento de los bienes jurídicos supraindividuales²⁵², los cuales tienen una defensa más abstracta y complicada, lo cual requiere una intervención mucho más anticipada por parte del Estado. Esta clase de intervención anticipada del Estado modifica también su misma configuración y legitimación. Si el Estado necesita controlar conductas tan alejadas de la lesión o de la puesta en peligro de un bien jurídico se convierte en un “Estado de la prevención”²⁵³, vigilando actos que, aunque lícitos, son sospechosos de un potencial ataque en un futuro, por lo que el Estado espera a este ataque²⁵⁴. Y así, el Derecho Penal pasa a centrarse en la peligrosidad del sujeto y no en su conducta, dando por hecho que un individuo concreto que reúna una serie de características con altas probabilidades de convertirse en criminal, cometerá un delito en un futuro indeterminado pero próximo.

Sin embargo, el Derecho Penal no descansa en criterios de probabilidad, sino que, independientemente de la condición o pensamiento del sujeto, únicamente sería reprochable su conducta, desde el punto de vista estrictamente penal, si esta coincidiese con los elementos del tipo y asimismo respetase los principios políticos-criminales.

De esta forma se afirma la existencia de una “huída hacia el Derecho Penal”²⁵⁵ y su instrumentación, debido a la incapacidad del gobierno para cumplir con sus funciones de desarrollar políticas adecuadas²⁵⁶ para la integración de la sociedad y la reducción, al máximo posible, de la marginación social. La expansión y consecuente

²⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª Edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2011, p. 132.

²⁵² Las últimas reformas han introducido conductas típicas que responden a este modelo, como pueden ser el delito de autoadocinamiento terrorista (art. 575.2 CP); o la incitación por medios telemáticos a la comisión de cualquier delito de desórdenes públicos (art. 559 CP). Teniendo en cuenta este modelo de delito, la conducta se comienza a castigar mucho antes de la propia lesión del bien jurídico, en estos casos en particular antes de su propia puesta en peligro; por lo que la categoría de delito de peligro se quedaría corta al tratar de clasificar este tipo de conductas en un modelo delictivo.

²⁵³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, Op. Cit., p. 150 y ss.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 151.

²⁵⁵ MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación ...”, Op. Cit., p. 700.

²⁵⁶ MUSCO, E., “La irracionalidad ...”, Op. Cit., p. 2.

administrativización del Derecho Penal es ya una realidad palpable, tema que analizaré en el siguiente punto.

2.2.4. La administrativización del Derecho Penal

SILVA SÁNCHEZ, el principal desarrollador del fenómeno de expansión y administrativización del Derecho Penal describe ampliamente en su obra las causas, características y posibles alternativas a este fenómeno. Distinguiendo entre Derecho Penal y Derecho Administrativo, afirma dicho autor que, mientras que el Derecho Penal “protege bienes concretos en casos concretos respetando el criterio de lesividad o peligrosidad concreta y de imputación individual de un injusto impropio”, el Derecho Administrativo “ordena de modo general sectores de la actividad (...) rigiéndose por meras estadísticas”, es decir, por el principio de oportunidad²⁵⁷.

Es interesante traer de nuevo lo que antes se expuso: el legislador se anticipa a la lesión y puesta en peligro, incluso, como se ha expuesto ya anteriormente, no llegándose en muchas ocasiones a desobedecer criterios de imputación por los que se rige el Derecho Penal. Se tipifican conductas que inquietan a la población pero que en ningún momento llega a atentar contra algún bien jurídico. Este tipo de Derecho Penal pues, no opera siguiendo los principios y normas tradicionales del Derecho Penal de Garantías.

En primer lugar, desobedece por completo el principio de lesión del bien jurídico, pues solo se preocupa de la mayor o menor probabilidad que un sujeto ostenta para cometer un delito (que esta vez sí que se lesione un bien jurídico) en un futuro impreciso e incierto. Lo que aquí se da es pues estadística, y por ende, se sigue un criterio de oportunidad, lo que resulta más propio del Derecho Administrativo²⁵⁸.

²⁵⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, Op. Cit., p. 137.

²⁵⁸ La distorsión de las bases del Derecho Penal de garantías y su disciplinas son claras e inevitables si no se toma medidas (y consciencia) contra las circunstancias en las que se desarrolla la vida moderna: “... el auge de los mecanismos de inocuización selectiva, directamente encaminados a sacar de la vida social y recluir por largos periodos de tiempo a los delincuentes habituales de la criminalidad clásica, es considerado igualmente como una eficiente variante más de la *gestión administrativa de riesgos*, inevitable en las complejas sociedades actuales dada su alta sensibilidad al riesgo, y que sirve de técnicas probabilísticas similares a las de los seguros, en este caso para concentrar la persecución penal sobre ciertos tipos de delincuentes”. *Vid.*, DíEZ RIPOLLÉS, J. L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 71, 2008, p. 211

En resumen, en la actualidad las bases se apoyan en criterios de probabilidad, y esta probabilidad se traduce en peligrosidad. Ahora bien, el único que puede determinar quién es considerado peligroso (y para quién también) es el mismo Estado²⁵⁹.

Este no es el único elemento preocupante del “nuevo Derecho Penal”. Inquietante resulta también la reticencia con la que acude el legislador al Derecho Penal, y no con el fin de proteger bienes jurídicos²⁶⁰, sino que, como ya se ha venido repitiendo, es utilizado para controlar ciertos riesgos. El carácter administrativizador del Derecho Penal avanza a un ritmo exponencial, dejándose guiar por criterios de oportunidad y pasando por alto el principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos, todo esto a cambio de transmitir una ligera sensación de tranquilidad en la población²⁶¹.

Esta sensación de tranquilidad, la cual beneficia la gobernabilidad nacional es precisamente el fin al que pretende llegar el legislador con esta estrategia. A este fenómeno de tranquilizar la población por medio del uso del Derecho Penal se le conoce como “populismo punitivo”; que responde a una priorización de la confianza en el sistema y su liderazgo al tiempo que se finge proteger bienes jurídicos²⁶².

²⁵⁹ Es inevitable apreciar el parecido con el Derecho Penal del Enemigo. De acuerdo con JAKOBS, será el propio Estado el único competente para identificar al “enemigo”, aquel sujeto que es peligroso para la integridad del Estado y de su convivencia.

²⁶⁰ Así lo expresa MARQUÈS I BANQUÉ, M. cuando afirma que “(...) Es notorio, que la relación entre Derecho Penal y política encuentra una de sus manifestaciones más palmarias en la construcción del catálogo de bienes jurídicos protegidos de cada momento histórico y político. De ahí que sea también uno de los primeros ámbitos en sufrir las consecuencias de la instrumentalización política y la funcionalización del Derecho Penal (...)” *Vid.* MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación...”, *Op. Cit.*, p. 710.

Y continúa MARQUÈS I BANQUÉ compartiendo la opinión de HASSEMER: “En este sentido puede interpretarse la opinión de Hassemer, para quien constituye “un cambio de forma subrepticia” del principio de protección de bienes jurídicos su transformación de un principio negativo a uno positivo de criminalización. El bien jurídico pierde de esta manera su condición de filtro ineludible del instrumento punitivo para pasar a constituir un argumento de justificación de la intervención penal (entendida como creación de nuevos tipos o como mantenimiento o agravación de los existentes) en el que poder ampararse a la hora de defender una determinada opción política”. *Vid.* MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación...”, *Op. Cit.*, p. 710.

²⁶¹ BORJA JIMÉNEZ, E., “Globalización y concepciones ...”, *Op. Cit.*, p. 177.

²⁶² MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación...”, *Op. Cit.*, p. 718.

2.2.5. La anticipación de las barreras de punibilidad

De lo que no es consciente el legislador es que, al anticipar la barrera de punibilidad se vulneran a su vez una serie de Derechos Fundamentales, los cuales son indispensables para la firmeza del Estado de Derecho²⁶³. Esta priorización de la función de calmar a la población por encima de la función tradicional de proteger bienes jurídicos se conoce como el fenómeno del Derecho Penal Simbólico. El populismo punitivo pues, desemboca irremediabilmente en un Derecho Penal Simbólico. Para llevar a cabo las pretensiones de calmar a la sociedad es necesario anticipar en exceso la barrera de punibilidad, desencadenando un espejismo de falsa efectividad y seguridad, esto es, un símbolo. Así, las funciones latentes toman más importancia que las funciones manifiestas o tradicionales, práctica que por desgracia se está generalizando en el Derecho Penal actual, y además a nivel internacional²⁶⁴.

La peligrosidad en la que se fundamenta este tipo de Derecho Penal a su vez es intrínseca del sujeto, no del hecho, por lo que además nos encontramos ante otro efecto desencadenante: el Derecho Penal de Autor²⁶⁵. El Derecho Penal Simbólico no persigue hechos, sino individuos por simplemente reunir un conjunto de caracteres que podrían orientarse hacia una probabilidad de conducta criminal potencial.

Este fenómeno no es aislado, como ya se ha señalado. De acuerdo con CANCIO MELIÁ²⁶⁶, el Derecho Penal Simbólico, junto con el resurgir punitivista son rasgos típicos del Derecho Penal del Enemigo, o lo que es lo mismo: del Derecho Penal de Autor. Es evidente que, al no existir un bien jurídico al que proteger (al menos *a priori*) lo que se está salvaguardando pues es la propia norma. Lo que el legislador propone consiste entonces en proteger la vigencia de la norma para ganar confianza en el sistema,

²⁶³ Se trataría pues de un Derecho Penal al antojo social, no debiéndose al rigor doctrinal y conforme al respeto de las directrices garantistas, ya que “situar los intereses de los ciudadanos en el centro de los objetivos del Derecho Penal, concediendo a éste la función de prevención de ataques a bienes jurídico-penales como forma de protegerlos proporcionada al sacrificio de Derechos Fundamentales del reo, es enfatizar la subordinación del poder punitivo del Estado al servicio de las personas”. *Vid.* MIR PUIG, S., “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2005, p. 14.

²⁶⁴ MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal...?”, *Op. Cit.*, pp. 101 y ss.

²⁶⁵ CALLEGARI, A.L., “Crimen organizado...”, *Op. Cit.*, pp. 25 y 26.

²⁶⁶ CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho Penal» del ...”, *Op. Cit.*, p. 65.

argumentando que la infracción de la norma es la negación del Derecho, por lo que su reacción ante este evento será la negación de la negación²⁶⁷.

Definitivamente el principal objetivo es salvar al sistema a toda costa. Se acoraza así al Estado contra cualquier riesgo, incluso contra los más ínfimos como podrían ser la actitud de un sujeto. El Derecho Penal de Autor no deja de resonar en la cavidad del Derecho Penal Simbólico, manifestándose enormemente la falta de racionalidad entre el Derecho Penal Garantista, mediante el cual solo se podrá castigar al sujeto cuando su conducta sea merecedora de reproche penal y que será a su vez legítima si se protegen los principios político-criminales, derechos y garantías procesales. Esta irracionalidad podría llegar a deslegitimar “la actividad de represión misma, cuando fuera expuesta –y el riesgo es real– a la acusación moral de ser ideológicamente orientada”²⁶⁸. Si se persiguiera al sujeto por cómo es y no por lo que ha hecho estaríamos presenciando la transformación de un Estado de Derecho a un Estado policial, más intervencionista en la esfera privada y con pocos límites a los que someter su ius puniendi. Un escenario nada agradable desde el punto de vista de los Derechos Fundamentales y libertades públicas que tanto esfuerzo y tiempo han costado conseguir.

2.2.6. El resurgir punitivista y la falta de confianza en la capacidad de resocialización de la pena

Siguiendo con el hilo argumentativo principal, el Derecho Penal Actual, y el Derecho Penal Simbólico se hallan intrínsecamente unidos al fenómeno de un punitivismo²⁶⁹ que va más allá del principio de proporcionalidad de las penas. El populismo punitivo no solo ha tenido efectos a la hora de actuar sobre el bien jurídico, sino que la pena también ha sufrido sus consecuencias. La sociedad está convencida de que, con un castigo contundente y severo será posible hacer “escarmentar” al sujeto que

²⁶⁷ Igualmente lo expuso HEGEL cuando identificaba que “la superación del delito es el castigo, pues según el concepto es la vulneración de la vulneración y según la existencia, el delito tiene una extensión determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra existencia. Empero esa identidad que se funda sobre el concepto no es la igualdad en la naturaleza específica, externa, de la vulneración, sino en la que es en sí de acuerdo al valor de la misma”. *Vid.*, HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, 5ª Edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 109.

²⁶⁸ MUSCO, E., “La irracionalidad ...”, *Op. Cit.*, p. 10.

²⁶⁹ CANCIO MELIÁ, C., “¿«Derecho Penal»...”, *Op. Cit.* pp. 76 y ss.

ha cometido el delito, por una parte, y disuadir a aquellas personas que planeasen delinquir en un futuro próximo. La apuesta por la retribución de la pena y el severo castigo del sujeto vienen definidos por la pérdida de confianza en la función resocializadora del sujeto.

Debido al poco presupuesto destinado a los programas de reinserción en los centros penitenciarios resulta evidente que no se pueda llevar a término el mandato del art. 25.2 CE. No se trata pues de que existan sujetos que constituyan casos imposibles de rehabilitar, cosa que igualmente se podría dar, sino que no se dispone de los recursos necesarios para resocializar a presos que potencialmente poseen dicha capacidad²⁷⁰.

No es extraño pues que, ante la imposibilidad de rehabilitar a los sujetos y que además estos salgan más influidos por el crimen después de su estancia en las dependencias penales, cada vez adquiera más adeptos la opción de inocuizar²⁷¹.

De esta manera, el legislador tiende a agravar la pena, ya que resulta más económico (e incluso más aceptado socialmente) modificar el Código Penal que elaborar planes de tratamiento para la reinserción de los sujetos.

2.2.6.1. La crisis del principio de proporcionalidad de las penas. Breve apunte

La discordante relación entre el hecho delictivo cometido y la pena es ya, hoy en día, una realidad. Prueba de ello en su máxima expresión ha sido la inclusión en el sistema penal la llamada pena de prisión permanente revisable. Introducida por la reforma del 2015, la nueva “herramienta” ha sido recibida entre polémica y críticas por parte de la doctrina. De acuerdo con un amplio sector, la prisión permanente revisable no favorece

²⁷⁰ Más bien al contrario, personas que ingresan en un centro penitenciario por un corto periodo de tiempo terminan por contagiarse de la dinámica y la sociedad instalada en dichas estructuras, creando a un delincuente mucho más cualificado para cometer crímenes.

²⁷¹ Las razones, de acuerdo con SILVA SÁNCHEZ se resumen en la poca credibilidad en la capacidad rehabilitadora del Estado, por una parte, y en la obsesión por la seguridad de la sociedad actual, por otra parte. *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, Op. Cit., pp. 161 y ss.

la reinserción del sujeto, y por lo tanto se incumpliría el mandato del art. 25.1 CE²⁷² y en consecuencia se podría calificar de inconstitucional.

La pena de prisión permanente revisable no tiene fin educador, sino meramente retributivo²⁷³ mediante la que se busca la aprobación de la sociedad, una aprobación basada en la marginación del inadecuado socialmente, al que no se le ha brindado la oportunidad de volver a la sociedad debido al precario programa de rehabilitación del Estado. En su lugar, y manifestándose un fuerte carácter simbólico, se prefiere apartar al criminal de la sociedad para satisfacer nuevamente las exigencias de la población, la cual rechaza cualquier riesgo de que se cometa un crimen²⁷⁴.

Tradicionalmente la pena, elemento por el que se caracteriza el Derecho Penal y arma más contundente del Estado, ha obedecido principalmente a la función de prevención, velando en todo momento por “recuperar” a aquella persona que comete un delito; con la esperanza de que este volviera a la vida en sociedad con plenas capacidades de convivencia. Pero recientemente la prevención especial ha cedido en favor de la función preventiva general²⁷⁵. La sociedad, si comprueba que efectivamente al criminal

²⁷² De hecho, de acuerdo con numerosos estudios psicológicos las penas privativas de libertad que tienen una duración mayor de quince años ya son altamente perjudiciales para la reinserción del sujeto, ya que comienzan a desarrollar conductas infantiles y que poco se adecuan a la vida en sociedad. Además de esto no hay que olvidar que la estancia en prisión desvincula al sujeto de cualquier vínculo con el exterior, ya sea personal o laboral, lo que lo vierte irremediabilmente de nuevo a cometer crímenes. Vid. GONZÁLEZ COLLANTES, T., “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, en *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, n. 9, 2013, p. 17.

²⁷³ SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La prisión perpetua revisable”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2012, p. 183.

²⁷⁴ La población actual se centra y obsesiona por la seguridad total, cosa irrealizable y menos aún mediante el uso y abuso del Derecho Penal. Ante esta circunstancia, al sujeto medio no le importa sacrificar sus propios Derechos Fundamentales o garantías si con eso puede conseguir una mayor ratio de seguridad, cosa que, de acuerdo con las palabras de MUÑOZ CONDE, solo se conseguirá “la paz de los cementerios”. Vid. MUÑOZ CONDE, F., “La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Ciencia Jurídica*, año 1, n. 1, 2011, p. 137.

La seguridad pues, solo se podrá obtener cuando esta sea compatible con los Derechos Fundamentales. Vid. CASTILLO MORO, M., *Miedo, control social, política criminal...*, Op. Cit., p. 60.

²⁷⁵ Como bien destaca HASSEMER actualmente la pena ha asumido nuevas funciones, enfocadas especialmente a la prevención general. De esta forma, el jurista español enuncia una serie de características que ha adquirido esta nueva concepción de la pena: “a) Transmitir al condenado un sentimiento de respeto, b) Proteger la conciencia moral, c) Asentar el juicio social ético”. Como se puede observar con una simple lectura el legislador está más preocupado de proteger el sentimiento de seguridad de la población y su opinión pública que de una de las principales funciones de la pena: la rehabilitación del sujeto. De hecho, lejos de tener la intención de resocializar al individuo, el legislador, en

se le castiga por su conducta creará en el sistema, restituyéndose el honor y la dignidad de la víctima²⁷⁶, aunque este castigo se aplique sin sujeción a garantías.

Ha calado tanto esta circunstancia que ya importantes figuras de la doctrina penal han cambiado su opinión, inclinándose más al favorecimiento de la función preventiva general. Añade asimismo que en la individualización de la pena deben darse conjuntamente, pero de manera escalonada, la prevención especial y la general. La propuesta del penalista alemán es la siguiente: se aplicará más tolerancia con los delitos más leves, mientras que con los delitos graves se deberá tener más contundencia. Funciona conforme a criterios de proporcionalidad y progresividad, es decir, en relación con los delitos más leves la población se muestra más flexible y benevolente, aunque, si lo que se desea es consolidar la confianza en el Ordenamiento Jurídico “se genera “cuando el ciudadano observa que el Derecho se impone”, y al “efecto de pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza por razón de la sanción de la vulneración del Derecho”²⁷⁷, en otras palabras, con respecto a los delitos más graves (y que más inciden en la sensibilidad social), deberá primar la función de prevención general.

Es así como en la actualidad son más comunes las llamadas “sentencias ejemplares”, dando cabida al avance punitivista que en ocasiones no responden a un criterio de necesidad. La pena debe fundamentarse en criterios garantistas y no publicistas. Nos lo recuerda ZUGALDA ESPINAR²⁷⁸, “la pena se fundamentaría (legitimaría) en su necesidad para el buen funcionamiento del sistema social y serviría a los fines socialmente útiles de la prevención general (negativa) y especial (con el límite de la culpabilidad del autor), así como para reformar la conciencia colectiva en torno a la vigencia de las normas sociales fundamentales y afirmar el valor y la vigencia de las normas violadas”. La opinión de ambos penalistas lo resume muy claramente: debe haber

palabras de HASSEMER, tiene la pretensión de “transmitir al condenado un sentimiento de responsabilidad”, en otras palabras, un castigo, que sea consciente de que su comportamiento no era el adecuado y que por eso está siendo castigado. La función preventiva especial positiva pues, ha perdido fuerza. *Vid.* HASSEMER, W. “Derecho Penal Simbólico y protección del bien jurídico”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 51, enero de 1991, p. 22.

²⁷⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., “¿Nullum Crimen ...”, *Op. Cit.*, p. 161.

²⁷⁷ ROXÍN, C., “El concepto de bien jurídico ...”, *Op. Cit.*, p. 17.

²⁷⁸ ZUGALDIA ESPINAR, J.M., *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 64.

una proporción en las funciones de la pena, un equilibrio razonable. Si se diera un desbalance se podría dar el caso de un sistema absolutamente retributivo, por ejemplo.

El principio de proporcionalidad por el hecho es pues sumamente importante, tanto para la salvaguarda del ciudadano y sus garantías como para evitar que el Estado de Derecho sea pervertido por la tentación de un poder arbitrario y no sujeto a límites, derivando posiblemente en un Estado autoritario.

Es imprescindible que el principio de proporcionalidad esté presente en todos los elementos del delito y en cada una de las fases del proceso de individualización de la pena²⁷⁹. Uno de los objetivos que persigue este principio es lograr un Ordenamiento Jurídico coherente, particularmente en lo que al Derecho Penal se refiere. Sería incongruente un sistema penal en el que, por ejemplo, un delito contra la vida tuviera una pena menor que un delito contra el patrimonio.

En primer lugar, el orden y el valor dado a los bienes jurídicos se vería desequilibrado; y, en segundo lugar, el sujeto que decidiera cometer un delito contra el patrimonio se vea tentado a cometer un delito contra la vida, ya que podría ser más rentable para él y se beneficiaría también con la desaparición de la víctima, probablemente el único testigo del crimen. En resumen, la carga valorativa del bien jurídico posee una gran relevancia para la prevención de los delitos.

Aunque este planteamiento parece en realidad bastante obvio, actualmente el Código Penal ha sufrido un desajuste en la valoración de las penas. Para comprender esta consecuencia tendremos que remitirnos a la causa. El fenómeno detonante de este desajuste tiene el nombre de “efecto contaminante”²⁸⁰. Ante el aluvión de reformas penales acaecidas en los últimos años se asiste a un incremento del elenco penal, así como a una agravación de sus penas, de forma individual en cada delito. Es así como, sin detenerse a reflexionar sobre las consecuencias de una reforma legislativas ni tampoco preocupándose al detalle por el contenido de la misma se han llegado a incrementar penas de delito que han obligado al legislador a ajustar las penas de delitos más graves.

²⁷⁹ MARTÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, enero 2014, pp. 135 y ss.

²⁸⁰ JAKOBS, G / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 17.

El efecto contagio es claro y responde a un criterio de “redondeo”: si se sube la pena del delito de lesiones, por ejemplo, tendría su vez que incrementarse la pena de los delitos contra la vida. Así, de forma paulatina y constante, el efecto dominó provoca un escenario que contraviene por completo el principio de proporcionalidad de las penas.

2.2.7. La inobservancia de los principios garantistas y las políticas criminales abusivas. La teoría de “Broken Windows” y su similitud con la realidad actual

La obsesión ha llegado a términos insospechados. Se están tipificando conductas que anteriormente eran impensables que siquiera se discutiera en el escenario del Derecho Penal. Con las últimas reformas este resurgir punitivo y Derecho Penal Simbólico han contribuido a la proliferación de delitos que castigan de forma autónoma actos preparatorios, e incluso que se sitúan con anterioridad a la fase preparatoria del *iter criminis*²⁸¹.

La situación es alarmante y podría llegar a recordar a las políticas criminales desarrolladas en EEUU durante los 80 y 90²⁸², las cuales eran tendentes a la represión y contundencia de conductas delictivas, sin que se realizara ninguna excepción por ínfima que fuera la conducta. De hecho, así lo llevó a término Guiliani, alcalde de la ciudad de Nueva York (Estados Unidos) durante los años 90. La obsesión de Guiliani radicaba en la eliminación del crimen adquiriendo por criterio el castigo contundentemente de todas las manifestaciones del crimen, incluso los delitos más leves. La inspiración venía determinada por la teoría que en aquel momento estaba en auge y que llamaron “Broken Windows”²⁸³. De acuerdo con esta teoría es imprescindible atajar el delito desde sus inicios²⁸⁴ para evitar que se extienda y profesionalice. Es necesario arreglar una ventana

²⁸¹ Tal y como expresa HASSEMER, se han llegado a eliminar los delitos de resultado, proliferando a su vez delitos en los que no es necesario comprobar la efectiva lesión o riesgo del bien jurídico que se protege. *Vid.*, HASSEMER, W., “El Derecho Penal...”, *Op. Cit.*, p. 29.

²⁸² Entre ellos destaca el gran análisis llevado a cabo por CASTILLO MORO, en el que compara la realidad actual con la fenomenología acaecía durante las décadas de los 80 y 90. *Vid.* CASTILLO MORO, M., *Miedo, control social, política criminal...*, *Op. Cit.*, pp. 66 y ss.

²⁸³ LANDROVE DÍAZ, *El nuevo Derecho...*, *Op. Cit.*, p. 31.

²⁸⁴ *Ibidem*, p. 30.

que está rota (broken windows), ilustra a nombre de ejemplo, ya que de no ser así daría una imagen de abandono, cosa que atraerá al crimen muy probablemente. Aunque la medida fue muy popular entre la sociedad, lo cierto es que la delincuencia tan solo se trasladó a aquellos lugares donde no existía demasiada presencia policial. A esto se le unió el abuso de las autoridades policiales, quienes además quedaban exentos de toda responsabilidad penal por sus actos abusivos gracias al trato de favor recibido por los propios dirigentes políticos²⁸⁵. Así, se llegó a demostrar de nuevo que el poder sin medias y sin límites lleva a la corrupción y absolutismo.

Es por esto por lo que el Derecho Penal tiene que responder a una serie de patrones y de garantías con el fin de salvaguardar el Estado de Derecho. El poder más contundente del Estado y su aplicación debe estar respaldado por una fundamentación y esta fundamentación reside en los principios y límites que representa el mismo Estado de Derecho²⁸⁶.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

²⁸⁶ De acuerdo con las palabras de RODRÍGUEZ MESA, "El Derecho Penal obtiene, pues, su legitimación, en la medida en que se convierta en instrumento para la salvaguarda de una serie de bienes –que son los bienes jurídicos en cuanto presupuestos básicos de la convivencia social- que no se deben lesionar ni con la realización del delito ni con la intervención punitiva. En un Estado democrático, la aludida función de protección de bienes jurídicos ha de traducirse en la protección o tutela de los bienes jurídicos de "todos los ciudadanos", con independencia del lugar que ocupen en el sistema social, y con independencia, también, de que sean potenciales delincuentes o potenciales víctimas". *Vid.*, RODRÍGUEZ MESA, M. J., "Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 09.10, 2007, p. 14.

Asimismo lo apunta MIR PUIG, destacando que "La necesidad y la idoneidad de la intervención penal lo han de ser para la protección de bienes merecedores de tal protección, esto es, de intereses directa o indirectamente fundamentales para los ciudadanos. Y la comparación de costes y beneficios que requiere una proporcionalidad en sentido estricto debe efectuarse entre la gravedad de los derechos individuales afectados por la pena o medida y la importancia de los bienes jurídico-penales afectados por el delito. Por esta vía constitucional encuentra legitimación la función de prevención del Derecho Penal, en la medida en que es la forma de proteger intereses fundamentales de los seres humanos, y al mismo tiempo se incluye el único aspecto admisible de la idea de retribución: la necesidad de que exista proporcionalidad entre la pena y el delito". *Vid.* MIR PUIG, S., "Límites del ...", *Op. Cit.*, pp. 13 y ss.

De no contar con una serie de límites, el Estado de Derecho vería sus estructuras distorsionadas, a merced de la voluntad del gobernante contemporáneo, sin opción a una defensa efectiva de los derechos y el bienestar de las personas, en otras palabras, la democracia caería y de entre sus restos se erigiría un gobierno autoritario con apariencia de Estado de Derecho.

No quiere decir esto que no sea necesaria la retribución, ya se ha dejado claro que en el sistema penal y para que se lleve a término de forma eficiente la resocialización del condenado es imprescindible que se de tanto una prevención general en proporción con prevención especial enfocada al sujeto, pero siempre desde el punto de vista del diálogo, esperando

Sin embargo, y como ya he venido destacando a lo largo de los precedentes párrafos en numerosas ocasiones, hoy en día los límites se han flexibilizado y las garantías procesales suavizado ante el imparable avance del Derecho Penal Simbólico, el resurgir del punitivismo y al mismo tiempo, la aparición de un Derecho Penal autoritario. Entonces, así las cosas, ¿existe alguna alternativa?

2.2.8. Alternativas para conciliar las garantías y los desafíos del siglo XXI

Ya he expuesto lo perjudicial que sería para la democracia y los Derechos Fundamentales la implantación de un Derecho Penal del Enemigo. En el mismo sentido, un gran sector de la doctrina europea defiende el carácter de un Derecho Penal Garantista y no renuncia a la concepción de un Derecho Penal basado en el principio de *ultima ratio* y que sirva como límite infranqueable del *ius puniendi* del Estado.

Sin duda alguna, FERRAJOLI es uno de los grandes exponentes de este grupo. De acuerdo con el autor italiano, el Derecho Penal no debe permitirse renunciar a su carácter mínimo, de forma que quede reducido a la protección de los Derechos Fundamentales más esenciales²⁸⁷, a un Derecho Penal nuclear. De igual modo, ROXÍN sigue la línea del profesor italiano, al argumentar que el Derecho Penal tiene que responder a aspectos político-criminales y a su vez a la exclusiva protección de bienes jurídicos en base al principio de lesividad y al principio de *ultima ratio*²⁸⁸. La doctrina española, en su mayoría así lo ha expresado también, entre los que destacan BERDUGO y PÉREZ CEPEDA²⁸⁹.

del sujeto una racionalidad y lógica propias de cualquier ciudadano medio y solo así el uso de las penas privativas de libertad tendrían sentido.

²⁸⁷ FERRAJOLI, L., "Criminalidad y globalización", en *Iter Criminis-Revista de Ciencias penales*, n. 1, 3ª Época, 2009, p. 83.

²⁸⁸ ROXIN, C., "El nuevo desarrollo de la dogmática ...", Op. Cit., pp. 5 y ss.

²⁸⁹ De acuerdo con BERDUGO y PÉREZ CEPEDA, será indispensable la presencia de los Derechos Fundamentales y de las garantías procesales en todas las fases y esferas del Derecho Penal, sirviendo estos de límites insalvables de la limitación del *ius puniendi* del Estado, y por lo tanto, como única defensa real del individuo frente al mismo. Vid. BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., / PÉREZ CEPEDA, A.I., "Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones", en *Revista penal México*, n. 1, 2011, pp. 41 y ss.

Otro gran grupo de la doctrina se aparta de esta concepción. Los nuevos avances y el cambio de circunstancias en la vida actual hacen inviable un Derecho Penal Mínimo. SILVA SÁNCHEZ fue el primero que apuntó a esta dirección en España y el que desarrolló una alternativa al Derecho Penal del Enemigo. Según este autor, la expansión y administrativización del Derecho Penal es imparable y su única solución consiste en acogerse a las demandas de la sociedad tratando a su vez de salvaguardar las garantías en función de la gravedad de las sanciones²⁹⁰.

Para este fin propone SILVA SÁNCHEZ el desarrollo de un “Derecho Penal de dos velocidades”. El penalista español idea una solución que se basa en el término medio, en una vía intermedia, un híbrido entre el Derecho Civil y el Derecho Público, que consistiría en un “Derecho menos pretencioso en cuanto a las garantías materiales y procesales, pero que al mismo tiempo dispondría de sanciones menos intensas que las penales tradicionales”²⁹¹. Pero ¿cómo concebir un Derecho Penal en el que las garantías penales y procesales variarían en función de la gravedad de la sanción correspondiente? El Estado de Derecho se construye alrededor del principio de igualdad²⁹². SILVA SÁNCHEZ entiende que aquellos delitos con sanciones más livianas verán sus garantías flexibilizadas debido a la “leve” entidad de sus consecuencias reales y jurídicas. Sin embargo, cuando se tratase de un hecho que requiriese una pena de prisión, al igual que la sanción se endurece, los principios también²⁹³.

No obstante, y aunque este planteamiento parece constituir el bálsamo para la actual tendencia del Derecho Penal severo, reconoce SILVA SÁNCHEZ que es posible la aparición de una “tercera velocidad”. Esta tercera velocidad converge en el momento en el que el “Derecho Penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales”²⁹⁴ lo que desecharía todo el planteamiento anterior y a su vez, se pondría de nuevo en riesgo un

²⁹⁰ Volver al Derecho Penal liberal es imposible, y de hecho en palabras de SILVA SÁNCHEZ, nunca existió, barajando asimismo la opción de desplazar la expansión del Derecho Penal al ámbito administrativo sancionador, pero admite que las dinámicas social y política no permiten esta opción. *Vid.*, SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión...*, Op. Cit., pp. 165 y ss.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 171.

²⁹² CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 84, abril-junio 1994, p. 265.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión ...*, Op. Cit., p. 172.

²⁹⁴ *Ibidem*, p. 183.

Derecho Penal de Garantías. El Derecho Penal del Enemigo resurgiría de forma encubierta bajo otra denominación, esta vez, “la tercera velocidad”.

En un intento de dar solución a este paradigma SILVA SÁNCHEZ ha propuesto a su vez una solución a esta excepción, y es transformar el Derecho Penal del Enemigo en un “Derecho Penal de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligroso”²⁹⁵, solución peligrosa en sí misma.

A esta voz se une asimismo HASSEMER. Según el penalista alemán el carácter prevencionista del Derecho Penal ha llegado para quedarse y, además, perdurará por bastante tiempo. De acuerdo con la lógica política, los electores serán los que decidan qué partido político se mantendrá (o alcanzará) el poder, de forma que los partidos políticos harán todo lo que esté en su mano para mantener satisfechos a sus votantes. La sociedad demanda seguridad y esta se está convirtiendo en un bien indispensable y que es necesario proveerla a la población. No obstante, advierte también, que en ningún momento se deben pasar por alto las garantías político-criminales, debiéndose respetar en todo momento la Constitución²⁹⁶.

En definitiva, la realidad del Derecho Penal se inclina hacia un panorama de contradicciones, en el que conviven un sistema penal garantista nacido en circunstancias pertenecientes a décadas pasadas y el surgimiento cada día más patente de un Derecho Penal más severo y cuyas características friccionan con las estructuras penales garantistas.

Los nuevos acontecimientos que trae consigo el Siglo XXI son el detonante de esta situación, la cual pone en riesgo el Derecho Penal tal y como lo conocemos creando a su vez una dicotomía en la que se decidirá si el Derecho Penal debe permanecer inamovible, con sus estrictas líneas y asegurar el garantismo y arriesgarse la propia población a sufrir la comisión de un delito, o si, por el contrario, ha llegado la hora de

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 185 y 186.

²⁹⁶ HASSEMER, W., “Seguridad por intermedio del Derecho Penal”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 58 y ss.

modificar el esqueleto del sistema penal a la luz de su adaptabilidad con la realidad de la sociedad moderna.

2.2.8.1. El crimen como asunto bélico

A la luz de la exposición anterior es patente que el Estado se ha comprometido con su sociedad a “erradicar” el crimen siguiendo una “tolerancia cero” contra la misma. Pero, sin lugar a duda, fueron los ataques contra el World Trade Center de Nueva York en 2001 los que significaron un antes y un después del tratamiento del crimen, especialmente a lo que su discurso se refiere. De hecho, es a partir de este momento en el que los Estados Unidos de América, y al igual que la comunidad internacional posteriormente, se comienza a usar la expresión de “guerra” al terrorismo y al crimen.

Los ataques fueron tan impactantes que organizaciones internacionales como ONU o la Unión Europea han destinado parte de sus estrategias a combatir el crimen y a proteger a la víctima. Y nada más lejos de la realidad. En los textos normativos internacionales en general cada vez es más común encontrar un lenguaje propio de una declaración de guerra. Palabras como “lucha”, “combatir”, “enemigo” o “guerra” han conquistado dichos textos y han conseguido influir en las legislaciones nacionales, tiñendo sus Ordenamientos Jurídicos de un estilo bélico²⁹⁷. Lo que, de acuerdo con FERRAJOLI, es totalmente contradictorio. Guerra y Derecho Penal son polos opuestos, ya que, según el jurista italiano, guerra es sinónimo de negación del derecho, y a su vez, el Derecho es la negación de la guerra²⁹⁸.

Ahora bien, el uso de este tipo de lenguaje tiene también una consecuencia preocupante. Al tratar asuntos de interior como si se tratase de una guerra se corre el riesgo de caer en un posible totalitarismo justificado por una suerte de estado de sitio

²⁹⁷ DONINI, M., “Derecho Penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (Coords.), en *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 34.

²⁹⁸ FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal”, en *Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006, p. 16.

global y permanente, disolviéndose al mismo tiempo el Estado de Derecho. Y en efecto, así está siendo²⁹⁹.

Mientras que anteriormente el Derecho Penal se concebía como un instrumento de garantías o de protección frente a los abusos del Estado, ahora la realidad es otra, y se entiende el Derecho Penal como el arma estatal de combate contra la criminalidad con el fin de conseguir así una seguridad que calme a la población³⁰⁰. Así lo demuestran las últimas reformas del Código Penal, por las que se han incluido medidas como la prisión permanente revisable y la proliferación de delitos de peligro, además del uso generalizado de términos demasiado vagos y ambiguos³⁰¹.

No es necesario subrayar que la doctrina ha recibido cada una de estas reformas con contundentes críticas. Algunos autores lo han calificado como un “estado de excepción permanente”³⁰², otros como una dictadura soberana y otros incluso vaticinan la llegada de un Derecho Penal del Enemigo que aterriza en el Estado de Derecho para instalarse en su estructura.

Consecuentemente, las garantías se han visto reducidas paulatinamente con el avance de las reformas, dejando entrever un Derecho Penal moderno que se dibuja en unas líneas que poco tienen que ver con la salvaguarda de dichos bienes jurídicos, protegiéndose en lugar de estos. Autores como PRIETO NAVARRO ya han llegado a asimilar la actual situación con la de un estado de excepción que se intercala con periodos

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 20.

³⁰⁰ MIR PUIG, S. “Contexto Internacional y español ...”, Op. Cit., p. 18.

³⁰¹ Un ejemplo de esto son los delitos de odio recientemente introducidos por la reforma llevada a cabo en 2015. El legislador hace uso de técnicas en las que abusa más de lo debido de términos abstractos con el fin de abarcar el mayor número de conductas posibles para que se identifiquen con el tipo penal. *Vid.* ALASTUEY DOBÓN, C., “Discursos del odio y negacionismo en la Reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-14, 2016, p. 16.

³⁰² NAVARRO CARDOSO, llega a calificar la actual legislación antiterrorista como “una suerte de «legislación especial» o «de excepción»”. *Vid.* NAVARRO CARDOSO, F., “Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, n. 20-01, p. 3.

Asimismo, MUÑOZ CONDE determina que “(...) se encuentran hoy en día cada vez con más frecuencia en legislaciones de excepción, que se han ido elaborando como respuestas a fenómenos como el terrorismo nacional o internacional, o la criminalidad organizada, y en algunas posiciones teóricas que pretenden legitimar este Derecho Penal máximo o de excepción, de corte autoritario y difícilmente compatible con los principios y bases del Estado de Derecho”. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., “La generalización del Derecho Penal de excepción...”, Op. Cit., p. 115.

normales de democracia³⁰³. Esta consiste en suspender el orden social establecido con el objetivo de restablecerlo después de haber superado la situación de crisis. Dicho paréntesis se correspondería con un estado de excepción que se supone pasajero, o sea, no permanente, que se instaura por un motivo urgente y grave, como puede ser el terrorismo.

De hecho, el ejemplo más ilustrativo se encuentra en Francia después de los ataques del 13 de noviembre de 2015 en París. Desde entonces Francia continúa en un estado de excepción con el fin de reducir al mínimo posible la amenaza terrorista. Al mismo tiempo, este estado de excepción sirve de coartada para que los cuerpos policiales investiguen con manga ancha todos aquellos casos de sospechosos terroristas sin necesidad de sujetarse a la gran parte de garantías que el Estado de Derecho exige. Alternativa a la que parece responder la actual tendencia de la política criminal.

Tal y como sugiere PRIETO NAVARRO, el Estado sigue existiendo, pero con una particularidad, y es que el Derecho pasa a un segundo plano³⁰⁴. Ante esto, ¿seguimos estando ante un Estado de Derecho genuino? ¿O bien este desaparece con la suspensión de ciertos derechos y garantías? Hay que recordar que el fin principal que persigue el orden que se establece no es otro que el de que se acate la norma, aunque esta no cumpla con los estándares de legalidad y propios de una democracia³⁰⁵. En otras palabras, se pierden de vista los principios y valores constitucionales, lo que nos permite afirmar que no permanecería *a priori* un Estado de Derecho.

El Derecho Penal moderno ya poco tiene que ver con el precedente. Estamos asistiendo a un cambio en el rol y en las estructuras a las que responde el actual Derecho Penal. De hecho, un importante grupo en la doctrina³⁰⁶ ya han advertido este fenómeno y

³⁰³ PRIETO NAVARRO, E., "Excepción y normalidad como categorías de lo político", EN CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (coordinadores), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 135-136.

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 95.

³⁰⁵ ROXÍN, C., "El nuevo desarrollo ...", Op. Cit., p. 14 y ss.

³⁰⁶ Ya denuncia de forma amplia MUÑOZ CONDE las consecuencias catastróficas que este fenómeno tendrá en el Estado de Derecho, entre los que se encuentra aplicar penas sin respeto al principio de proporcionalidad, reducir el margen de ejercicio de los Derechos Fundamentales del imputado en el proceso penal y además el adelantamiento de la barrera de punibilidad. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., "¿Es el Derecho Penal...", Op. Cit., p. 94.

han destacado algunos de sus preocupantes caracteres. Un Derecho Penal más severo y con un menor respeto por las garantías procesales y Derechos Fundamentales está desdibujando los firmes márgenes del Derecho Penal de Garantías y en su lugar contornea un anagrama que guarda muchas (demasiadas) similitudes con un Derecho Penal del Enemigo.

IV. NUEVAS TENDENCIAS Y SU DIFÍCIL CONCILIACIÓN CON EL DERECHO PENAL DE GARANTÍAS

1. Una aproximación al Derecho Penal del Enemigo

En 1999 durante una conferencia el penalista alemán GUNTHER JAKOBS expone por primera vez su teoría sobre un Derecho Penal “distinto”: el Derecho Penal del Enemigo³⁰⁷. Los asistentes en la exposición se llevaron las manos a la cabeza y recriminaban la alta peligrosidad de un Derecho Penal de esa índole. Pero la tesis de JAKOBS resultó un vaticinio desafortunado.

A priori y sin entrar en mucha profundidad, el Derecho Penal del Enemigo atenta contra los más básicos fundamentos de la democrática, amenazando con hacer colisionar frontalmente con principios esenciales del Derecho Penal.

Debido al complicado ajuste de este tipo de Derecho Penal con el Estado de Derecho se creía inverosímil su aplicación en la actualidad, al menos hasta los atentados del 11 de septiembre. El 11S señala el momento de cambio de rumbo (y de no retorno hasta el momento) de la política criminal y por ende, del Derecho Penal³⁰⁸. Ahora bien, ¿se está derivando la política criminal mundial hacia un Derecho Penal del Enemigo? Todo apunta a que sí.

De acuerdo con FERRAJOLI, se está deformando el principio de legalidad, base esencial sobre el que se construye el Derecho Penal de Garantías. Así se generalizan y proliferan los delitos de peligro, rozando incluso un Derecho Penal basado en el autor, y no en el hecho. *Vid.* FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal del enemigo y ...”, *Op. Cit.*, p. 22.

³⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F.; “Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo”, en *Revista Penal*, n. 26, julio de 2010, p. 140.

³⁰⁸ BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, I., / PEREZ CEPEDA, A.I., “Derechos Humanos y...”, *Op. Cit.*, p. 54

La polémica de la tesis del penalista alemán radica en la base discriminatoria de la parte. En primer lugar, JAKOBS determina que existirán dos códigos penales, cada uno de ellos destinados y aplicables a dos tipos de sujetos totalmente distintos. Se contará pues, con un Derecho Penal para el “ciudadano” y otro para el “enemigo”³⁰⁹.

La diferencia entre estos dos sistemas es abismal. Mientras que por un lado el Derecho Penal del Ciudadano conserva todas sus garantías procesales y sus Derechos Fundamentales, el Derecho Penal del Enemigo trata de inocular al sujeto, de forma que recibirá un “trato especial”. Con “trato especial” se quiere referir que este sujeto no será considerado como persona, dejando sin efecto cualquier titularidad de derechos y garantías democráticas.

1.1. Similitudes del Derecho Penal del Enemigo y el Derecho Penal autoritario

Aunque la tesis sobre el Derecho Penal del Enemigo parezca novedosa, lo cierto es que el jurista alemán JAKOBS se basó en diferentes autores y sus obras para “reinventar” estas corrientes doctrinales con un corpus más moderno, al menos actual.

Muchos de dichos autores se caracterizan por su implicación en la elaboración del Derecho que se ejercía en el sistema nazi o bien autores en los que se han inspirado este tipo de sistema político.

En primer lugar, JAKOBS parte de la idea de “contrato social” desarrollado por HOBBS. Sujeto y Estado deciden contraer una serie de obligaciones el uno para con el otro, y de esta forma gozar de una seguridad y protección hacia sus derechos. El sujeto, a pesar de que posee una libertad plena en el llamado “estado de naturaleza”, decide asumir una serie de obligaciones y limitar su libertad a cambio de que el Estado³¹⁰ proteja sus derechos y la propiedad privada³¹¹.

³⁰⁹ MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal ...”, Op. Cit., p. 97.

³¹⁰ El sujeto referido a la totalidad de la sociedad otorga parte de su poder a un ente creado por ellos mismos, al que dotaran de instrumentos, métodos y mecanismos para proporcionar una convivencia armoniosa y correcta a través de la salvaguarda de los derechos y libertades sociales.

³¹¹ ROUSSEAU, J. J., *El contrato social, o sea principios del derecho político*, Ed. El cardo, 2003, Capítulo VIII, en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70390.pdf>

Esto conecta con la teoría de KANT, uno de los autores predilectos de JAKOBS. De acuerdo con KANT antes de la creación del propio Estado solo existe el “enemigo”, ya que al carecer de una estructura estatal el estado en el que interactúan los humanos no funciona con normas preestablecidas, caracterizándose por un ambiente de continuo conflicto. No obstante, con la aparición del Estado el “enemigo” desaparece, y a cambio comienza la aplicación del Derecho Penal de Ciudadanos³¹².

Ahora bien, atendiendo al pensamiento de KANT, existen dos maneras de reaccionar a las lesiones causadas por otro: en el caso en el que la lesión se produce entre dos sujetos que se localicen en el estado jurídico-civil; o bien, aquella lesión producida entre sujetos en los que uno de ellos no se encuentra en este estado jurídico-civil. Ante esta última situación, KANT determina que el sujeto se encuentra en la “ilegalidad de su estado”, lo que reporta una inseguridad para aquellos individuos que sí pertenecen al estado jurídico-civil³¹³. FICHTE coincide con este autor, ya que, de acuerdo con FICHTE, el abandono del contrato ciudadano lleva como consecuencia la pérdida de la totalidad de sus Derechos, lo que significa que legítimamente queda totalmente excluido³¹⁴.

JAKOBS llama a este “estado de naturaleza” o “*status iniusto*” como “estado de guerra”. El planteamiento es exactamente el mismo: si el sujeto en cuestión no actúa conforme las normas establecidas por el Estado rompe el pacto con este mismo y queda desterrado a un estado de naturaleza, en el que no se rige por norma alguna, perdiendo incluso su estatus de persona y, por ende, los beneficios que esto le reporta³¹⁵. JAKOBS pues, al igual que opina KANT, el sujeto que no respeta las normas es un potencial riesgo para los ciudadanos ya que si no respetan el sistema en cualquier momento podrían atacar a cualquier interés estatal³¹⁶. Se trata entonces, de reducir al máximo el riesgo de un supuesto estado de inseguridad permanente.

³¹² PÉREZ DEL VALLE, C., “La fundamentación iusfilosófica del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 10-03, 2008, p. 3.

³¹³ *Ibidem*, p. 4.

³¹⁴ FICHTE, J. G., *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina ciencia (1796-1797)*, traducción de VILLACARIAS BERLANGA / J. L., RAMOS VALERIA, M., / ONCINA COVES, F., Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 270 y 271.

³¹⁵ JAKOBS, G., “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 30 y ss.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

El planteamiento no se basa en un hecho producido o que se está comenzando a producir, sino en una potencialidad de que se produzca basándose en la propia naturaleza del sujeto sobre el que recae el foco de la atención, y según estos autores, es perfectamente justificable dicha hostilidad³¹⁷ hacia el “enemigo”³¹⁸.

Este razonamiento recuerda mucho al pensamiento de MEZGER. Este autor alemán fue el gran impulsor y “arquitecto” de gran parte de las normas de corte nazi que se aplicaron durante el régimen de Hitler. Dicho autor basaba la culpabilidad en el comportamiento que había desarrollado el sujeto a lo largo de su vida, a lo que definió como “culpabilidad por la conducción de vida”³¹⁹. A estos sujetos les asignaba el nombre de “extraños a la comunidad”³²⁰, que eran a su vez identificados como un grupo de individuos comprendido por marginados sociales, mendigos, vagos, ladrones y estafadores, entre otros, sobre los que se ejercía un gran control y una selección eugenésica. Mezger comprendía que el destino de estos sujetos sería, tarde o temprano, el crimen, llegando incluso a referirse a ellos como “delincuente innato” o “delincuente por tendencia”³²¹.

La solución propuesta por el jurista alemán con el fin de apoyar al Reich y de acuerdo con el Proyecto de ley que daría solución a lo que él mismo llamaba “extraños y enemigos de la comunidad”³²², sería el de crear dos tipos de Derecho Penal³²³:

³¹⁷ FICHTE vuelve a coincidir. De acuerdo con este autor, el sujeto que se excluye a sí mismo del contrato ciudadano puede ser tratado de forma arbitraria, pues no es considerado persona. Vid. PORTILLA CONTRERAS, G., “Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal y Procesal Penal del «enemigo»”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 1, n.19, 2009, pp. 27 y 28.

³¹⁸ GARCÍA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, 2005, p. 14.

³¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15 y 16, vol. II, 1994, p. 1037.

³²⁰ También se referirá a los mismos como “enemigo interior”, con el fin de diferenciarlos del enemigo clásico, es decir, el enemigo exterior.

Otra forma de aludir a los mismos a la que recurría MEZGER era como “los incorregibles”, a los que a su vez se sumaban los sujetos no delinquentes pero que consideraba como “inútiles”, imponiéndoles la pena de reclusión o de prisión por tiempo indeterminado. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 220 y 221.

³²¹ *Ibidem*, p. 221.

³²² MUÑOZ CONDE, F., “Es el Derecho ...”, Op. Cit., p. 95.

³²³ MEZGER abogaba por usar el Derecho Penal como un arma para exterminar a los enemigos. Según este autor, era necesaria la creación de dos derechos penales perfectamente diferenciados, y cada uno de ellos se aplicará a un sujeto determinado conforme a su comportamiento y su respeto y conducta frente a la ley. No hay que olvidar pues, que este

- “Un Derecho Penal para la generalidad (en el que en esencia seguirán vigentes los principios que han regido hasta ahora), y

- Un Derecho Penal para grupos especiales de determinadas personas, como, por ejemplo, “los delincuentes por tendencia”³²⁴.

Al igual que MEZGER, SCHMITT propone un Derecho Penal de “dos grupos”³²⁵. Por un lado, se situaría el Derecho Penal con el calificativo de “normal” y reservado para el ciudadano; mientras que, en el otro extremo, y totalmente distinto el Derecho Penal a aplicar resulta más severo y excluyente, destinado para aquellos cuyos comportamientos los identifique³²⁶ como “enemigos” del Estado o enemigo público³²⁷.

En conclusión, JAKOBS no fue el pionero en trazar un sistema penal en el que se diferenciase dos “derechos penales” que se aplicarán a dos tipos de sujetos distintos: amigos y enemigos. Quedada probada esta relación y similitud es posible concluir que el Derecho Penal del Enemigo coincide con el Derecho Penal nazi, un Derecho Penal propio de las dictaduras o de los Estados totalitarios, razón por la que resulta tan peligroso la aplicación de este tipo de Derecho Penal.

El principal protagonista del Derecho Penal del Enemigo es, como su propio nombre indica, el enemigo. A diferencia del Derecho Penal Garantista, el cual se construye en torno a la conducta del sujeto, el Derecho Penal del Enemigo sienta sus bases en el sujeto y su culpabilidad. Para comprender mejor por qué la doctrina

Derecho Penal del Enemigo que está siendo la tendencia actual es muy similar a aquel que los mismos nazis usaban. El Derecho Penal nazi no trataba de salvaguardar ningún bien jurídico en concreto, sino que lo único que interesaba a este tipo de sistema político (policial) era la supervivencia del Estado y de su estructura frente a cualquier persona que tuviese la intención de acabar con él. Es, por tanto, un Derecho Penal Simbólico, un Derecho Penal de infracción de la norma, vacío de cualquier tipo de contenido garantista y, por ende, peligroso para un Estado de Derecho.

³²⁴ MEZGER, G., *Primer informe BA 22/934*, folio 455, letra C).

³²⁵ ENRIQUE SERRANO, G., “Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt”, en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 36, enero-junio, 2007, p. 133.

³²⁶ De acuerdo con SCHMITT el Estado es el único al que le concierne decidir quién será considerado como “enemigo”, pues es el que ostenta el “ius belli”. *Vid.* SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 74 y ss.

Se tropieza de nuevo con la misma cuestión: equiparar el Derecho Penal con la guerra.

³²⁷ MOUFFE CHANTAL, *El retorno de lo político*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999, pp. 168 y ss.

deslegitima al Derecho Penal del Enemigo es interesante entonces entrar a analizar la figura del “enemigo”.

1.2. Análisis del Enemigo. Concepto, naturaleza y fundamento

Solo es necesario atender a la nomenclatura de la tesis de JAKOBS para deducir quién será el protagonista de esta. El Derecho Penal del Enemigo se construye alrededor del sujeto, al cual se referirá como “enemigo”³²⁸.

A la luz de que el Derecho Penal del Enemigo se basará en el sujeto en sí, deja entrever que se trata de un Derecho Penal de Autor, y no un Derecho Penal del Hecho³²⁹. Como ya se ha apuntado, el Derecho Penal del Enemigo tiene como objetivo actuar sobre el individuo “peligroso”, con el fin de garantizar la seguridad cognitiva como condición de la vigencia de las normas³³⁰. Así, y debido a la gran relevancia del “enemigo” en esta teoría en este apartado me dispongo a analizar su principal objetivo: el enemigo.

De acuerdo con la tesis de JAKOBS, y que como ya he apuntado deriva del pensamiento de MEZGER, el Derecho Penal se divide en dos tipos de derechos penales. Estos se aplicarán a un sujeto u a otro atendiendo a su naturaleza y a su compromiso y respeto de las normas del Ordenamiento Jurídico establecido.

En primer lugar, se contará con el Derecho Penal “del Ciudadano”, que se aplicará a aquellas personas que, aunque hayan delinquido, están comprometidos con el ordenamiento y lo reconocen³³¹, manifestándolo en su comportamiento y proceder. Este compromiso es lo que determinará la preservación de todos sus derechos y garantías, permitiendo que conserve el estatus de “persona”.

Mientras que, en segundo lugar, al llamado “enemigo” se le reserva un Derecho Penal más severo. Este Derecho Penal se caracteriza por detentar unas penas más

³²⁸ CANCIO MELIÁ, M., “¿«Derecho penal del...”, Op. Cit., p. 86.

³²⁹ *Ibidem*.

³³⁰ JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano...”, Op. Cit., pp. 55 y ss.

³³¹ DONINI, M., “Derecho Penal de lucha...”, Op. Cit., p. 46.

elevadas, garantías reducidas y con un adelantamiento exagerado de las barreras de punibilidad³³². El enemigo, sin embargo, es identificado por el Estado como un sujeto peligroso y que podría poner en entredicho la propia integridad nacional y su orden público, por lo que le priva del estatus de *ciudadano*, considerándolo como *enemigo*³³³. Se está dando ya por hecho que el sujeto no es apto para su reinserción en la sociedad y que, de este modo, es mejor que se le aisle de todo contacto³³⁴ con la misma para que la sociedad pueda desarrollar su día a día sin ningún tipo de inconveniente.

Este es uno de los puntos más controvertidos de esta tesis. La aplicación de dos tipos completamente opuestos de Derecho Penal parte de una base diferenciadora. No se respeta el principio de igualdad ante la ley que constituye la base de cualquier democracia que se precie. De hecho, este rasgo es más bien característico de Estados totalitarios, los cuales dictan leyes penales carentes de cualquier contenido relacionado con la justicia y en vez de eso tienen como pretensión principal blindar la protección del mismo sistema calificando a cualquiera en su contra como “enemigos”³³⁵.

Ahora bien, ¿a quién se considera como “enemigo”? Muchos autores de la doctrina española, entre la que destaca MUÑOZ CONDE, critican con vehemencia el hecho de que JAKOBS no defina con precisión qué se llegará a entender por enemigo³³⁶.

A causa de que el mismo creador de esta teoría no define con precisión esta figura, he considerado oportuno realizar una definición “negativa”. Es decir, aunque no se tiene claro a qué nos referimos como enemigo, lo que sí es cierto que se tiene más o menos identificado qué es lo que no se entiende por enemigo. Así, lo opuesto al enemigo es, sin duda alguna y tal y como expone el propio penalista alemán, el ciudadano.

³³² MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal...”, Op. Cit., p. 94.

³³³ CIGÜELA SOLA, J., “Derecho Penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”, en *Isonomía*, n. 43, octubre 2015, p. 133.

³³⁴ NÚÑEZ CASTAÑO, E.; “Las transformaciones sociales y el Derecho Penal: del estado liberal al Derecho Penal de Enemigos”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 139.

³³⁵ GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-02, 2005, p. 4.

³³⁶ De acuerdo con MUÑOZ CONDE, JAKOBS no llega nunca a determinar qué se entenderá como enemigo, sino que “JAKOBS se limita a dar unas pistas vagas que recuerdan mucho, y una vez más, a las construcciones teóricas de los penalistas nazis sobre el «Derecho Penal de Autor»”, Vid. MUÑOZ CONDE, F., “¿Es el Derecho Penal...”, Op. Cit., p. 98.

El ciudadano es una persona a la que se le podría atribuir el carácter de “ejemplar”, del cual se tiene una expectativa de comportamiento, en otras palabras, se puede intuir cómo será su proceder de acuerdo con las normas vigentes en la sociedad en la que se inserta. Así pues, aunque el “ciudadano” delinca en realidad manifiesta una actitud de fidelidad al Ordenamiento Jurídico³³⁷.

Al contrario que el ciudadano, el enemigo se desvincula totalmente del contrato social, lo que no ofrece ninguna garantía cognitiva de comportarse de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico e incluso se considera que tienen la pretensión de destruir el sistema establecido³³⁸. Es por este razonamiento por el que se justifica el “deber” de que este tipo de sujeto tiene que estar separado del resto, para el Estado sería pues un “enemigo a suprimir y no a juzgar”³³⁹.

El enemigo no es considerado persona. De acuerdo con JAKOBS no es posible, pues ha sido él mismo el que ha tomado la decisión de desvincularse del contrato social, lo que otorga legitimidad suficiente para ser tratados como “no personas”³⁴⁰ y al considerarlos como enemigos del Estado. Si nos basamos en el plano fáctico el llamado “enemigo” encaja con los identificados con los “marginados sociales”, en otras palabras, aquellos que se encuentran fuera de la protección social³⁴¹ que se puede manifestar de diversos modos, desde analfabetos hasta inmigrantes pasando incluso por enfermos mentales. Estos sujetos no respetan el contrato social porque no saben cómo incluirse en la sociedad y vivir en armonía, bien porque no han tenido la oportunidad de aprender o bien porque se sienten desamparados y rechazados por la sociedad lo que les crea un sentimiento de víctimas y con el derecho de desobedecer las normas establecidas por ese Estado que no se preocupa de su bienestar e inclusión social³⁴².

³³⁷ DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 71, 2008, p. 20.

³³⁸ COMBA, A., “¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs y la filosofía del derecho de Hegel”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 32, 2016, p. 220.

³³⁹ FERRAJOLI, L., “El Derecho Penal del Enemigo y...”, Op. Cit., p. 17.

³⁴⁰ MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Penal*, n. 16, 2005., p. 131.

³⁴¹ CIGÜELA SOLA, J., “Derecho Penal y exclusión social...”, Op. Cit., p. 131.

³⁴² *Ibidem*, p. 135.

Así, la peligrosidad, se convierte en la base por la que se criminaliza a estos “enemigos”. La potencialidad criminal de estos sujetos supone una amenaza al Estado en su totalidad, amenaza a la que a ojos de JAKOBS es imprescindible dar solución, calificando la intervención estatal como un mal necesario en beneficio de la integridad estatal³⁴³. La incertidumbre de que el sujeto atente contra las mismísimas bases del Estado con la finalidad de incluso culminar en su destrucción resulta para el Derecho Penal del Enemigo altamente arriesgado que se trate como persona. Este “mal necesario” es justificado por JAKOBS con distintos argumentos, pero, en primer lugar, me gustaría manifestar aquí mi rechazo a esta teoría, pero, que sin embargo es interesante analizar los posibles fundamentos para su legitimación.

Como decía, son dos los argumentos por los que se podría llegar a justificar la teoría del Derecho Penal del Enemigo: a) El derecho del Estado a defender su propia integridad; y/o b) la injusticia generada por tratar con el mismo sistema a aquellas personas que respetan el Ordenamiento Jurídico y aquellos sujetos que se desvinculan totalmente de la sociedad y profesan una actitud de rebeldía ante el Estado de Derecho, sus instituciones y sus normas.

Atendiendo a la primera de las justificaciones, en el Derecho Penal actual cada vez son más comunes los tipos delictivos en los que difícilmente se pretende proteger un bien jurídico, como ya se explicó más arriba en cuanto al Derecho Penal Simbólico. Ahora, las normas penales responden a la simple vigencia de la norma, lo que recuerda a un Estado de excepción³⁴⁴. De hecho, el mismo JAKOBS se explica que el Derecho Penal no tiene por qué proteger bienes jurídicos, ya que, cuando se produce un delito se vulnera una norma, lo que provoca la desviación de la fuerza orientadora de la misma. Para esto existe la pena, que rechaza este quebrantamiento y restablece la confianza en su fuerza vinculante³⁴⁵. Así concluye este autor que la pena en el Derecho Penal protege la vigencia de la norma y no los bienes jurídicos.

³⁴³ MUÑOZ CONDE, F., “Es el Derecho Penal Internacional...”, Op. Cit., p. 97.

³⁴⁴ PRIETO NAVARRO, E., “Excepción y normalidad ...”, Op. Cit., p. 136.

³⁴⁵ De acuerdo con JAKOBS, la pena “contradice esta contradicción” con respecto a la norma, restableciendo la confianza en su vigencia. *Vid.* JAKOBS, G., “¿Qué protege el Derecho Penal...”, Op. Cit., pp. 38 y ss.

Por otra parte, y volviendo a los fundamentos por los que se podría justificar la tesis de JAKOBS la segunda razón de peso para legitimar al Derecho Penal del Enemigo consiste en la protección del individuo que sí respeta el Ordenamiento Jurídico.

Si se atiende al principio de igualdad, *a priori* se puede comprobar que no se parte de un trato igualitario entre aquel que reciben el enemigo y el ciudadano. Mientras que los enemigos no respetan las normas ni el propio sistema, los ciudadanos sí asumen ese compromiso. A la luz de las circunstancias el Derecho Penal de Garantías trata de igual forma a ambos sujetos, aunque el comportamiento haya sido completamente distinto³⁴⁶.

Con la llegada del nuevo milenio, y el desarrollo de las tecnologías y el bienestar social que las democracias proporcionan, ha aumentado el elenco de bienes jurídicos, añadiendo incluso bienes jurídicos que anteriormente no se tenían en cuenta. No obstante, y como ya avanzábamos al inicio de este apartado, la prevención de este tipo de delitos es altamente complicada. Esta dificultad de prevenir junto con el deber del Estado de proporcionar seguridad³⁴⁷ crea una obligación de proteger estos nuevos bienes jurídicos que son requeridos y exigidos por la misma sociedad.

Uno de los seguidores de JAKOBS y de su teoría, SCHILLING, recoge con gran claridad el razonamiento de esta justificación. Según este autor, el fin único del Derecho Penal del Enemigo es el de proporcionar la supervivencia de la humanidad que reside en su seguridad, que considera como un derecho universal e inalienable³⁴⁸.

Esto es lo que parece que los legisladores penales de los Estados de Derecho occidentales han entendido. Cada vez se precisa más seguridad, siendo esta (como ya he señalado) la época histórica más segura de la Humanidad. Sin embargo, y como estudiaré a continuación, la obsesión por la seguridad es una característica muy típica de la sociedad

³⁴⁶ CIGÜELA SOLA, J., "Derecho Penal y exclusión social...", Op. Cit., p. 137 y ss.

³⁴⁷ RÍOS ÁLVAREZ, R. "El Derecho Penal del Enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores", en *Ars boni et aequi*, vol. 8, n. 2, 2012, p. 166.

³⁴⁸ SCHILLING explica que al igual el Estado se sirve de distintos instrumentos para proteger a su población de catástrofes naturales, el Derecho Penal del Enemigo es aquel mecanismo destinado para reducir al mínimo posible la desaparición de la vida humana, para lo cual es esencial la intervención del Estado. *Vid.* SCHILLING FUENZALIDA, M., *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2010, pp. 165 - 199.

moderna, la cual empuja cada vez más a un Derecho Penal más intervencionista y severo que mucho se parece al Derecho Penal del Enemigo.

1.3. El Derecho Penal del Enemigo y su presencia en las legislaciones penales actuales. ¿Un paso atrás para la democracia?

Aunque el Derecho Penal del Enemigo bien parece incompatible con cualquier tipo de sistema democrático, la realidad es que el Derecho Penal moderno guarda cada vez más similitudes con este.

La doctrina ya lo ha advertido: el Derecho Penal del Enemigo está introduciéndose en el sistema penal a través de otros cauces. Como ya se adelantó someramente en el apartado anterior las circunstancias sociales son incluso propicias para el surgimiento de este tipo de sistema fomentado todo por una obsesión prevencionista y por la seguridad total.

V. ACTUAL PANORAMA NORMATIVO

Como una primera aproximación podemos decir que ha quedado patente la tendencia se inclina hacia un Derecho Penal del Enemigo, o al menos, si no se quiere admitir este hecho, se puede decir que es evidente que el Derecho Penal de Garantías está en crisis.

Preceptos demasiado ambiguos, bienes jurídicos difíciles de identificar (o por lo menos discutiblemente merecedores de protección penal), conductas tipificadas que escapan al radio de la comisión e incluso mucho antes de la creación de un posible peligro son los síntomas que este Derecho Penal palidece ante una realidad social que lo supera, poniendo en tela de juicio la Teoría Jurídica del Delito.

A pesar de que España ha sufrido el terrorismo de ETA durante más de cincuenta años, lo cierto es que el terrorismo yihadista está siendo un desafío para el mantenimiento

del Derecho Penal Mínimo y la salvaguarda de las garantías procesales. Los recursos legislativos precedentes junto con el compromiso europeo han provocado que se difuminen muchos de los límites del Derecho Penal al tipificar nuevas conductas.

No obstante, si alguna de estas destaca por encima de las demás esa es la conducta tipificada en el art. 575.2 CP: el autoadoctrinamiento terrorista.

1. El delito de autoadoctrinamiento. Algunas notas

Introducido por la LO 2/2015 es considerada como una de las conductas más polémicas del Código Penal español. Con el auge de la preocupación por sufrir un ataque terrorista, el aspecto prevencionista tiene su máxima expresión en el nuevo delito de autoadoctrinamiento terrorista. La doctrina española, bastante crítica con este nuevo tipo penal, ha denunciado los problemas de conciliación con el Derecho Penal de Garantías y los principios político-criminales que supone la inclusión de esta conducta en nuestro Ordenamiento Jurídico. De hecho, con una simple lectura es posible identificar un gran número de problemas y conflictos que surgen de este precepto. En este apartado pretendo pues identificar, eso sí, de forma sucinta algunos de los problemas que he podido identificar *a priori* y que pretendo estudiar y analizar en profundidad a lo largo de este estudio.

Por lo tanto, es necesario en primer lugar traer aquí el precepto que pretendo estudiar, cuyo tenor literal dice así:

“Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

Ya una primera lectura no es suficiente para comprender claramente el precepto en cuestión. Además de estar redactado de forma confusa e incongruente, el precepto atenta contra una serie de valores que pondremos en evidencia a continuación.

Aspectos tan básicos, como identificar el propio bien jurídico que se pretende proteger castigando esta conducta resulta todo un reto. La poca precisión y la abstracta redacción por parte del legislador provoca una complicada comprensión de este elemento. Así las cosas, la duda que me presenta es si efectivamente existe un bien jurídico al que proteger y, de no existir bien jurídico tutelable, qué es lo que realmente se persigue con el castigo de esta conducta. A su vez, me gustaría analizar la forma en la que se podría justificar un tipo delictivo que no salvaguarda bien jurídico alguno.

El estudio del tipo objetivo del delito tampoco se encuentra exento de incógnitas y conflictos con el Derecho Penal de Garantías. La conducta tipificada consiste en, por una parte, *“acceder de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o a través de internet”*, y por otra, *“adquirir o tener en su poder documentos que estén dirigidos o resulten idóneos (...)”*. Es decir, el legislador considera que el mero acceso o la simple tenencia o posesión de documentos de contenido terrorista es merecedora de reproche penal. Pero ¿realmente se podría dañar o poner en peligro un bien jurídico, el que fuera, con el acceso o la posesión de contenido terrorista? ¿No es esto una manifestación, y por lo tanto tutelable, del derecho fundamental a la libertad de pensamiento o religión? O más contundente y claro aún: ¿existe el derecho a ser radical? Si efectivamente el legislador lo que pretende con la tipificación de esta conducta fuera castigar a las personas que consultan páginas webs o contenidos de naturaleza terrorista se debería admitir que en realidad se está castigando la manera de pensar de una persona. A mi parecer, y aún sin entrar a examinar el delito de autoadoctrinamiento en profundidad, esta conducta está castigando una conducta

irrelevante desde el punto de vista del principio de lesividad³⁴⁹ y del Derecho Penal Mínimo. El legislador presupone que el sujeto que revisa este tipo de contenido en un futuro no se conformará con la mera consumición de información, sino que lo realiza con el fin de aplicar dichos conocimientos en la práctica.

Como es posible apreciar sobre el plano del *iter criminis*, el sujeto no ha “pasado a la acción”, con lo cuál no es más que una idea y nuestro Ordenamiento Jurídico no castiga ideas, sino hechos. Esta conducta supone el desvío del sistema penal hacia un Derecho Penal de Autor y, en consecuencia, del Enemigo. Recordemos que el sujeto aún no ha comenzado con la fase externa del delito, sino que eventualmente se está asesorando de cómo atentar (si esta fuera la intención con la que consume este tipo de contenido), en otras palabras, se está castigando la preparación de la preparación. El propio precepto no encajaría tampoco como una figura de acto preparatorio punible, tal y como ha calificado ya el Tribunal Supremo y que se ha referido al delito de autoadoctrinamiento terrorista como un “acto protopreparatorio”:

Ha establecido de la Sentencia del Tribunal Supremo 734/2017, de 15 de noviembre, (TOL.6.436.725, PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO) lo siguiente: “Dado que el delito se puede consumar, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos **protopreparatorios**, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la auto capacitación sería atípica”.

De no tratarse pues, de un acto preparatorio, eso significaría que en realidad se está castigando el pensamiento, lo que asimismo contraviene el principio *Cogitationes poenam nemo patitur*, es decir, el pensamiento no delinque. Es en este principio en el que me basaré principalmente para determinar que se trata de una tipificación abusiva y que

³⁴⁹ SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo...”, Op. Cit., p.170.

a todas luces ha sido introducida en el Código Penal con el fin de intensificar el control de la población, con contrarios valores y fines que el Derecho Penal de Garantías.

Sin embargo, no acaba aquí la polémica. El uso (excesivo) de términos abstractos conlleva a su vez a un tipo delictivo indeterminado y difícil de interpretar por cualquier ciudadano. No es posible conocer con certeza cuál será la conducta que se está castigando, lo que imposibilita al sujeto a adecuar su propio comportamiento conforme a la legalidad. La seguridad jurídica y los principios de taxatividad y determinación se ven superados por la expresión “*contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines*”. La reducción al absurdo de la obsesión prevencionista se expresa en el enunciado “estar dirigidos o resultar idóneos para incitar”, lo que sitúa en la mira de la intervención del Derecho Penal una realidad demasiado alejada de un eventual ataque al bien jurídico o su puesta en peligro. Cualquier material que apenas tuviera un contenido próximo al terrorista podría entrar en el radio de esta expresión.

De hecho, es curioso cómo el legislador castiga la conducta de consultar por ejemplo cómo fabricar una bomba en un web de carácter terrorista y sin embargo, la misma información en cualquier otro portal web no estaría perseguido por el Derecho Penal. Habría incluso que revisar si el consumo de este tipo de información podría encuadrarse como una causa de justificación, más concretamente en el ejercicio de un Derecho. Visitar páginas webs, de cualquier contenido, o informarse de todo tema es totalmente lícito, ya que la población tiene el derecho de construir su propia cosmovisión, siendo este un derecho muy personal, perteneciente a la esfera más privada e íntima del sujeto.

Ahora bien, el precepto está formado por dos tipos subjetivos: dicha consulta o tenencia de este contenido específico se realiza con un primer fin de radicalizarse, para que, una vez radicalizado el sujeto tenga que usar esa información para cometer un delito de terrorismo. A esto es a lo que se refiere el Tribunal Supremo cuando califica esta conducta de “acto protopreparatorio”, ya que necesita radicalizarse (primera preparación) para atentar en un futuro (segunda preparación). De la dificultad probatoria que supone la finalidad subjetiva se deduce que en muy pocas ocasiones se podrá llegar aplicar el delito de autoadoctrinamiento, lo cual podría responder a una política criminal distinta

que consistiría en dotar de amplio ejercicio de investigación a las fuerzas de seguridad atendiendo más a un Estado policial que a un Estado de Derecho.

Sobre el delito de autoadocctrinamiento recaen (o al menos lo parece *a priori*) pues, todos los caracteres y fenómenos anteriormente descritos. Es el ejemplo perfecto de un Derecho Penal Simbólico, espoleado por un populismo punitivo que se siente inseguro ante la nueva modalidad de ataques terroristas, al mismo tiempo, supone un adelantamiento de las barreras de punibilidad al castigar conductas que se localizan en la fase anterior a los actos preparatorios punibles; y por último, representa el ejemplo perfecto de un resurgir punitivista al determinar una pena exacerbada por una conducta tan ínfima.

La pena establecida para el delito de autoadocctrinamiento terrorista oscila entre los dos y cinco años de prisión. De acuerdo con lo que decía SILVA SÁNCHEZ, la tercera velocidad del Derecho Penal que él mismo describía consistía en la coexistencia de la “relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales con el Derecho Penal de la cárcel”³⁵⁰. Es aquí pues donde encajaría este precepto y que, de quedar constatado en esta tesis que efectivamente estas premisas se cumplen el nuevo delito de autoadocctrinamiento terrorista sería el vaticinio la intromisión del Derecho Penal del Enemigo en el Estado de Derecho.

³⁵⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M, *La expansión...*, Op. Cit., p. 183.

CAPÍTULO II

MARCO JURÍDICO DE LOS DELITOS DE TERRORISMO A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

I. INTRODUCCIÓN

El terrorismo, como se ha podido comprobar ya en el Capítulo anterior, ha traspasado sus las fronteras, logrando operar en cualquier parte del mundo e incluso a distancia. Esta novedad ha obligado a la comunidad internacional a esforzarse para frenar esta “amenaza contra la seguridad y la paz mundial”³⁵¹.

No han sido pocos los intentos de regular una serie de mecanismos, de hecho, podemos remontarnos hasta 1937 para encontrar la primera tentativa de convención internacional, en el seno de la Sociedad de Naciones.

Estos intentos, sin embargo, no han conseguido llegar a un consenso para configurar un concepto unitario de terrorismo, elemento clave para la construcción de un sistema jurídico contra el terrorismo. Sin un concepto de terrorismo, ¿cómo se podrían tipificar delitos de naturaleza terrorista? ¿Se podrían diseñar mecanismos a nivel mundial sin un consenso al que llegasen la totalidad de los Estados de la comunidad internacional?

No solo han aparecido problemas en el ámbito universal, sino que la Unión Europea también ha encontrado dificultades en su lucha contra el terrorismo, especialmente a nivel legislativo. Desde los ataques del 11M en la estación de Atocha en Madrid, la Unión Europea ha creado un cuerpo legal para prevenir y combatir el terrorismo. A diferencia de lo que ocurría con la ONU, la Unión Europea sí que ha conseguido llegar a medidas concretas para la represión de la acción terrorista, que a la vez ha derivado en la actualización de los Ordenamientos Jurídicos de sus Estados miembro.

No obstante, la tendencia de la nueva política criminal europea ha desembocado en unas normas cada vez más represivas y en la reducción del grado de ejercicio de los Derechos Fundamentales y garantías procesales. Bajo el paraguas de un Derecho Penal Simbólico, el Derecho Penal que se está instalando en las legislaciones de los Estados Parte por la obligación de la armonización de la UE ha conseguido cambiar la

³⁵¹ Resolución 1373 (2001), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385.ª sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

configuración de un Derecho Penal del Hecho, desembocando en un Derecho Penal de Autor.

Especialmente España ha tenido grandes dificultades, las cuales no parecen importar al actual legislador penal a expensas de que se produzca un desajuste entre el sistema penal garantista y constitucional del que presume nuestro Estado de Derecho y la legislación “de urgencia” y de “excepción” inspirada en la UE y agravada por nuestro legislador.

Así las cosas, en las siguientes páginas se pondrán de manifiesto las dificultades a los distintos niveles de configuración de las normas para la lucha contra el terrorismo, así como las incompatibilidades a las que se ha llegado a la hora de la tipificación actual, en contraposición con la legislación nacional para combatir el terrorismo de ETA.

II. LAS NACIONES UNIDAS Y LOS MECANISMOS UNIVERSALES PARA LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO. LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO INTERNACIONAL DE TERRORISMO

1. El origen de los mecanismos legales a nivel universal contra el terrorismo: la Convención contra el Terrorismo de 1937 de la Sociedad de Naciones

Ya se expresó en el Capítulo I cómo el terrorismo había mutado en una característica que ha hecho cambiar por completo su configuración: la transnacionalidad. Anteriormente a los movimientos del terrorismo yihadista, el terrorismo solía operar en un territorio bastante acotado, donde se concentraban sus intereses de desestabilización del poder político³⁵².

Esta nueva característica ha empujado a los Estados a la cooperación para prevenir y reprimir el terrorismo en todas sus formas posibles. La internacionalización del terrorismo ha conllevado pues, la creación de nuevos Tratados a nivel global que, sin

³⁵² Véase el análisis del desarrollo del fenómeno terrorista que se realizó en el primer apartado del Capítulo I de este estudio.

embargo, necesitan una plataforma común para llegar a estos acuerdos. Esta plataforma no podría ser otra que la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU). La ONU ha llevado a cabo numerosos intentos por conseguir un cuerpo legal de combate contra el terrorismo internacional. No obstante, no fue la ONU la primera organización internacional que se preocupó por este problema.

Para encontrar la primera referencia legal sobre terrorismo a nivel universal hay que remontarse a la Sociedad de Naciones. Ante un panorama de recurrentes y continuos ataques terroristas de corte anarquista contra grandes personalidades de distintos países, la Sociedad de Naciones se ve obligada a tratar la cuestión en distintas conferencias.

Estas conferencias tomaron el nombre de “Conferencias Internacionales para la Unificación del Derecho Penal”, que tendrían lugar entre 1927 y 1935 en diferentes ciudades³⁵³. Será a partir de la III Conferencia en 1930 en Bruselas, donde se introducirá el término “terrorismo”, entendido como “*el uso intencionado de medios capaces de producir un daño ordinario que representa un acto de terrorismo atribuible a alguien que hace uso de crímenes contra la vida, la libertad o la integridad física de las personas o dirigido contra la propiedad pública o privada con el propósito de expresar o ejecutar ideas políticas o sociales*”³⁵⁴.

Ya en la IV conferencia se recomienda que se adopte una Convención general para combatir las acciones terroristas³⁵⁵, lo que además vino precipitado por los asesinatos del rey Alejandro I de Yugoslavia y el ministro de Asuntos Exteriores francés en 1934. Se le encomienda entonces esta misión a un Comité de Expertos, el cual, además de redactar la Convención, debía establecer en la misma la operatividad de una Corte Penal Internacional para conocer de las conductas que se introdujeran en dicha Convención³⁵⁶.

³⁵³ ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Deusto: Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia*, Ed. Basaldúa, Bilbao, 2002, pp. 51 y ss.

³⁵⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 34.

³⁵⁵ SAUL, B., “Attempts to define “terrorism” in International Law”, en *Netherlands International Law Review*, L. III, 2005, p. 59.

³⁵⁶ RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 35.

La negociación de ciertos conceptos no fue sencilla³⁵⁷. De hecho, fueron muchas las acepciones que se dieron para el concepto de “terrorismo”, que finalmente se saldó con la concepción del término “actos terroristas” como “actos criminales dirigidos en contra de un estado o con la intención de crear un estado de terror en las mentes de personas particulares, grupo de personas o el público en general.”^{358/359}.

Asimismo, la Convención contaba con un listado que apuntan a actos que siguieran esta finalidad y que, por tanto, se considerasen como actos terroristas³⁶⁰.

Desafortunadamente, la Convención de la Sociedad de Naciones no entraría nunca en vigor debido al estallido de la II Guerra Mundial poco después, lo que frustró los planes de su aplicación para combatir el terrorismo³⁶¹. La experiencia de la Sociedad de Naciones fue el preludeo de las dificultades que acompañarían siempre a la definición internacional del concepto “terrorismo”³⁶², premonición que hoy en día perdura en su sucesora: la ONU.

2. El sistema legal antiterrorista actual de Naciones Unidas

La ONU se encontró con el mismo escollo al que ya se enfrentó la Sociedad de Naciones: la falta de consenso a la hora de definir el concepto de “terrorismo”. Aunque la ONU ya contaba con una legislación antiterrorista a finales del S. XX, es cierto que las

³⁵⁷ Muchos fueron las concepciones que se dieron del término “terrorismo”, y en cada uno de ellos se establecían una serie de elementos distintos. Por una parte, la propuesta de Viena abogaba por la protección de personas y de la propiedad, y de considerar los “actos de terrorismo” como “crímenes ordinarios”, mientras que el borrador de Copenhague “establecía que es necesario que ciertos actos deberían ser castigados como delitos especiales, más allá de cualquier carácter criminal general”, *Vid.* SAUL, B., “Attempts to define «terrorism»...”, *Op. Cit.*, p. 61.

³⁵⁸ FOGLIA, M., “El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S: debate y perspectivas”, en *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, 2003 p. 20

³⁵⁹ Dicha definición también fue objeto de numerosas críticas, ya que se trataba de un se “una definición excesivamente amplia y que obviaba elementos que sin embargo sí habían sido incorporados en definiciones anteriores”, como eran *Vid.* Rodríguez de las Heras Ballell, L., *Protección internacional de...*, *Op. Cit.*, p. 36.

³⁶⁰ ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo...”, *Op. Cit.*, p. 55.

³⁶¹ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Education for justice University Module Series: Counter-Terrorism. Module 1: Introduction to International Terrorism*, Ed. United Nations, Vienna, 2018, p. 8.

³⁶² AMBOS, K., *El Derecho Penal frente a amenazas externas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007, pp. 15 y 16.

medidas realmente importantes y certeras tendrían lugar con posterioridad a los atentados del 11S en 2001.

De este modo, la ONU cuenta con un sistema legal antiterrorista compuesto por 14 tratados que tratan un tema concreto relacionado con el terrorismo; distintas resoluciones emanadas del Consejo de Seguridad, del que destaca la Resolución 1373 de 2001; la creación de un Comité Contra el Terrorismo, el cual se encarga de la redacción de la nueva Convención General Sobre Terrorismo de la ONU; y el establecimiento de un Plan Universal contra el terrorismo.

Aunque son muchas las herramientas con las que cuenta la ONU, lo cierto es que no se ha podido llegar a un consenso en cuanto a la definición de “terrorismo”, así como tampoco se han podido definir medidas concretas y eficaces para la lucha contra el terrorismo, ya sea para su prevención como para su represión. Esta tendencia se ha expandido al reciente interés de Naciones Unidas para combatir la radicalización y el “extremismo violento”, comportamiento potencialmente peligroso que “pueda incitar a la comisión de actos terroristas”³⁶³, afirmación, que como ya se verá en las próximas líneas, carece de fundamento.

2.1. Proyecto de la *Convención sobre Terrorismo*: a la búsqueda de un concepto unitario de “terrorismo”

Con el fin de la II Guerra Mundial y la creación de las Naciones Unidas, se elabora la Declaración Universal de Derechos Humanos que, por desgracia, no sirvió para establecer un concepto unitario de “terrorismo”.

Hasta la actualidad, no existe un concepto unitario de terrorismo debido a las opiniones dispares de los Estados miembro de Naciones Unidas, por lo que, como acertadamente apunta NIGRO, “resulta igualmente innegable que constituye hoy casi un

³⁶³ Resolución 2178 (2004), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272 a sesión el 24 de septiembre de 2014.

“punto en común” afirmar que el derecho internacional no prevé una definición de terrorismo compartida por la generalidad de los Estados”³⁶⁴.

Para poder poner una solución a dicho problema, Naciones Unidas, por medio de la Asamblea general, crea un Comité *ad hoc* con la función de elaborar la Convención General sobre Terrorismo. Sin embargo, y aunque todo Estado condena los actos terroristas la realidad es que este proyecto se encuentra paralizado y las razones no resultan novedosas.

Los últimos ataques terroristas y el auge del terrorismo yihadista no han servido de motivación suficiente para poder llegar a un acuerdo en cuanto a la definición de un concepto unitario de “terrorismo”. A pesar de que son muchos los puntos en los que difieren los Estados a la hora de abordarlo, son dos los principales obstáculos con los que se encuentra el camino a la definición del término “terrorismo”³⁶⁵.

El primero de estos escollos viene relacionado con el papel que desarrollan las Fuerzas Armadas durante el desarrollo de un conflicto armado. Mientras que los países occidentales determinan que esto ya está regulado por el Derecho Penal Humanitario, para la Organización de la Conferencia Islámica, “incluso las actividades de las fuerzas armadas, a las que denomina “las partes” en conflicto, deben estar reguladas por el futuro Convenio”³⁶⁶.

Por otra parte, se encontraba la polémica sobre incluir o no el terrorismo de Estado, es decir, que los Estados se vean interpelados por cómo puedan gestionar su

³⁶⁴ NIGRO, R., *La definizione di terrorismo nel diritto internazionale*, Ed. Scientifica, Nápoles, p. 1.

³⁶⁵ La dificultad se debe asimismo a la propia naturaleza del término. No se trata de un concepto de una sola naturaleza, sino que se encuentra influenciado por una serie de circunstancias de diversa índole, las cuales no coinciden entre las naciones, pues cada Estado se nutre de su propia cultura e idiosincrasia. De hecho, BASSU, lo expresa, muy acertadamente, de la siguiente manera: “El terrorismo es, por lo tanto, un fenómeno que se puede calificar como “metajurídico”, ya que comprende factores políticos, ideológicos, históricos y culturales que influyen en gran medida la configuración conceptual”. Vid. BASSU, C., *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Ed. Giappichelli, 2010, p. 31.

³⁶⁶ La postura de la Organización de la Conferencia Islámica responde, principalmente, al conflicto Palestino. Vid. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de ...*, Op. Cit., p. 39.

acción contra su población, lo cual deja un panorama poco fértil para que pueda prosperar la Convención General contra el terrorismo³⁶⁷.

Ante esta situación, y con la creciente actividad de organizaciones terroristas realmente violentas y cada vez más poderosas, la ONU decide llevar paralelamente otra estrategia: debido a la problemática para generar un consenso unitario sobre el concepto de terrorismo en general, decide elaborar convenios sobre materias específicas para ir cercando el contenido del concepto de terrorismo³⁶⁸.

Se crea así un cuerpo de convenios antiterrorista que, a fecha de hoy, cuenta con al menos 19 convenios que tratan distintas materias³⁶⁹. De entre todos estos, cabe destacar especialmente el Convención para la Prevención y Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999. En este documento se encuentra una definición que se puede calificar como la más cercana a la determinación del concepto de “terrorismo”. Es así, como en su art. 2 de la Convención, dicho convenio concreta el significado de la expresión “actos terroristas”, por lo que se entenderá: “un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en este tratado”, por un lado, y “cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. Además de esto, en su art. 18.b, la Convención trata de prevenir este tipo de delitos “reforzando los controles sobre instituciones financieras y profesionales que intervengan en transacciones

³⁶⁷ *Ibidem*.

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 44 y 45.

³⁶⁹ Estos son: Convenio sobre las Infracciones y otros aspectos a bordo de las aeronaves (1963); Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (1970); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (1971); Convención sobre la prevención y el castigo de los delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (1973); Convención internacional contra la toma de rehenes (1979); Convención sobre la protección física de los materiales nucleares (1980); Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicio a la aviación civil internacional (1988); Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (1988); Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental (1988); Convenio sobre la marcación de explosivos de plásticos para los fines de detección (1991); Convenio Internacional para la Represión de los atentados terroristas cometidos con bombas (1997); Convenio Internacional para la represión de los actos de terrorismo nuclear (2005); Convenio para la represión de actos ilícitos relacionados con la aviación civil internacional (2010).

u operaciones que puedan ser sospechosas de una actividad delictiva relacionada con el terrorismo (prohibición de apertura de información, conservación de documentos, etc.)”³⁷⁰, sin embargo, y como advierte FERRÉ OLIVÉ, “estas actuaciones resultan difícilmente objetables si se trata de reprimir la financiación del terrorismo internacional”³⁷¹.

Llega a ser tan importante la Convención antes referida, muchos de los elementos que contiene han sido ampliamente validados e introducidos en otros documentos de distintos órganos de la ONU, como por ejemplo la importante Resolución 1373 (2001), la cual sienta un precedente destacable en el marco jurídico universal para la lucha antiterrorista.

2.2. La Resolución 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas

Con los atentados del 11S la política criminal da un giro importante no solo a nivel nacional, sino que esta nueva tendencia se expandió a nivel global. La conmoción fue tan importante que la ONU, más concretamente el Consejo de Seguridad, aprobó la Resolución 1373 (2001), de 28 de septiembre de 2001³⁷². Se trata de uno de los instrumentos más importantes del sistema legal antiterrorista de la ONU, tanto es así, que hoy en día la Resolución 1373 (2001) continúa en vigor³⁷³.

Se trata de un texto marcadamente relevante. No solo en el mismo se condena los ataques del 11S y se declara que “todo acto de terrorismo internacional se considera como una amenaza a la paz y a la seguridad internacional”, sino que además la misma Resolución dispone de una serie de “obligaciones” para los Estados³⁷⁴. Estas medidas

³⁷⁰ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo II. Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (Dir.) / PÉREZ CEPDA, A. I. (Dir.), *Financiación del terrorismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 60

³⁷¹ *Ibidem*.

³⁷² FOGLIA, M., “El derecho internacional humanitario...”, Op. Cit., p. 21.

³⁷³ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de...*, Op. Cit., p. 294.

³⁷⁴ DI STASIO, C., *Lotta a multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Ed. Giuffrè, Milano, 2010, p. 126.

deberán ser adoptadas por los Estados con el fin de luchar contra el terrorismo, ya sea mediante la prevención o mediante la represión.

Resulta especialmente relevante la importancia que la Resolución otorga a la financiación del terrorismo, pues, la mayoría de las medidas van encaminadas a combatir la financiación de este fenómeno. Teniendo en cuenta que estas organizaciones terroristas de corte yihadista se han convertido en una de las organizaciones terroristas más ricas³⁷⁵, estas medidas significan un paso correcto hacia la estrategia justa. No obstante, la Resolución adolece de ambigüedad y de una caracterización demasiado amplia, pues, “busca incidir en todos los ámbitos financieros para prevenir y sancionar incluso penalmente cualquier canalización de fondos que contribuya a apoyar actos terroristas”³⁷⁶

De esta manera, los Estados deberán:

- Prevenir y reprimir la financiación de los actos de terrorismo.
- Tipificar la financiación de actos terroristas.
- Congelar fondos y todo tipo de activos que puedan beneficiar a las organizaciones terroristas.
- Prohibir la disposición de dinero de sus nacionales a los actos terroristas.
- Abstenerse de dar apoyo a las entidades o personas que participen en la comisión de actos de terrorismo.
- Adoptar medidas para prevenir el terrorismo, como por ejemplo la cooperación mediante el intercambio de información creando un Sistema de Alerta Temprana.
- Denegar refugio a los financiadores, planificadores, facilitadores o aquellos que cometan actos de terrorismo.
- Asegurar el enjuiciamiento de toda persona que colabore o cometa actos de terrorismo.

³⁷⁵ De acuerdo con los últimos estudios, DAESH podría tener acceso a dos billones de dólares por año gracias a sus fuentes de financiación. *Vid.* “«A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists», says Francisco Martínez”, en *Palacio de la Moncloa*, en (última visita: 23/06/2019): <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco-mart.aspx>

³⁷⁶ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo II. Instrumentos internacionales ...”, *Op. Cit.*, p. 61.

- Animar a los Estados a cooperar o a la asistencia entre Estados para las investigaciones.
- Impedir la circulación de terroristas mediante el control de fronteras.
- Adherirse a los Convenios y protocolos de la ONU contra el terrorismo.

Se pueden observar tres tipos de medidas en el elenco determinado por la Resolución 1373: medidas que se dirigen a la observancia de las legislaciones internas de cada Estado y que realicen las modificaciones pertinentes; medidas para la cooperación en la lucha antiterrorista entre los Estados a nivel de investigación, político y de enjuiciamiento; y, por último, la exhortación a que los Estados se unan a las Convenciones para la lucha contra el terrorismo adoptadas en el seno de la ONU. Sin embargo, y aunque se trata de una de las resoluciones más importantes, como ya se adelantó anteriormente, esta adolece de un par de defectos.

En primer lugar, la Resolución 1373 no hace referencia a los Derechos Humanos. En el articulado del documento tan solo se reflejan y enumeran una serie de medidas que los Estados deben adoptar, pero no advierte de que esto se haga bajo los parámetros del respeto a los Derechos Humanos³⁷⁷. Se tuvo que esperar a la siguiente Resolución (Resolución 1566 (2004), de 8 de octubre de 2004, del Consejo de Seguridad) para dejar claro que la lucha del terrorismo únicamente era válida bajo el respeto de los Derechos Humanos³⁷⁸.

Por otro lado, en la Resolución 1373 (2001) aparece recurrentemente el término “terrorismo” o “terrorista”, sin que exista previamente un concepto de terrorismo y, además, que no se adopte en la misma Resolución ninguna referencia a la culminación de

³⁷⁷ De hecho, esto ha fomentado ciertas prácticas clandestinas y al margen de las garantías que el paraguas de los Derechos Humanos asegura, como puede ser las prácticas llevadas a cabo en Guantánamo o los vuelos secretos de la CIA, práctica esta última que contaba con la complicidad de los Estados Democráticos europeos. Vid. THAMAN, S. C., “La situación precaria de los Derechos Humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, n. 89, 2009, pp. 200 y ss. / RUBIOLA ALVARIÑO, J., “La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 24, mayo-agosto 2006, p. 542 y ss.

³⁷⁸ DÍAZ BARRADO, C. M., “El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo”, en *Cuaderno de Estrategia*, n. 133, pp. 18 y 19.

este desafío. Este panorama resulta paradigmático pues, si no existe una definición del concepto “terrorismo”, ¿cómo se va a saber qué conductas serán susceptibles de tipificar?

Y es que, como afirma RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, la Resolución 1373 (2001) no nace para consensuar un concepto unitario de terrorismo a nivel universal, sino que lo que pretende realmente es “aumentar el nivel medio de efectividad de todos los gobiernos en la lucha contra el terrorismo, es decir, mejorar la capacidad de cada una de las legislaciones nacionales y su maquinaria ejecutiva frente al terrorismo”³⁷⁹.

No obstante, parece que la Resolución no deja abandonado este proyecto. De acuerdo con el contenido del documento, se establece la creación de un órgano para la lucha contra el terrorismo y, además, la elaboración de una Convención General sobre terrorismo. Este órgano es el Comité contra el Terrorismo³⁸⁰(en adelante CCT).

2.3. El Comité Contra el Terrorismo: estructura y funciones

La gran preocupación de la ONU por la amenaza del terrorismo internacional y el riesgo que este significa para la paz y la seguridad mundial llevó al Consejo de Seguridad a crear un órgano que se encargase de monitorizar la lucha contra el terrorismo en el seno de Naciones Unidas.

El Comité contra el Terrorismo nace por mandato de la Resolución 1373 (2001), el cual se configura como un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad³⁸¹. El CCT está integrado por los 15 miembros del Consejo de Seguridad (los cinco permanentes – China, Rusia, Reino Unido, Francia y Estados Unidos- y 10 no permanentes – Bolivia, Guinea Ecuatorial, Etiopía Costa de Marfil, Kazajistán, Kuwait, Holanda, Perú, Polonia,

³⁷⁹ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de...*, Op. Cit., p. 95.

³⁸⁰ *Ibidem*, pp. 94 y 298.

³⁸¹ AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., “España en el Consejo de Seguridad. Reflexiones en torno a la Organización de las Naciones Unidas en el Siglo XXI. Estados fallidos, crimen organizado y terrorismo (II)”, en *Boletín Electrónico del Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 04/2015, p. 6.

y Suecia), aunque los “no miembros” pueden ser invitados por el CCT a las reuniones del mismo³⁸².

Es necesario destacar que además existen dos instituciones dentro de este Comité: la dirección ejecutiva del Comité Contra el terrorismo, por un lado; y un representante permanente, por otro.

La dirección ejecutiva se encarga de supervisar “el cumplimiento de la Resolución por parte de los países miembros”, mediante el diálogo continuo entre los Estados y la Dirección ejecutiva y, la visita a dichos países³⁸³.

Por su parte, el representante del Comité será elegido entre uno de los representantes de los Estados que en ese momento integre el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por un plazo de dos años³⁸⁴.

Entonces, de forma general, el CCT detenta una serie de funciones, entre las que se pueden destacar principalmente, el control de cumplimiento de la Resolución 1373 (2001), y otras resoluciones y convenios de la normativa universal antiterrorista, animar a los Estados a que cumplan con la cooperación entre ellos para la lucha contra el terrorismo³⁸⁵ y, además, la elaboración de una Convención General sobre terrorismo.

³⁸² “Member States”, en *Security Council. Counter-terrorism Committee*, en (última visita: 18/06/2019): <https://www.un.org/sc/ctc/about-us/member-states/>

³⁸³ LABORDE, J-P., “Pasado, presente y futuro del Comité contrterrorista del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, en *Real Instituto Elcano*, en (última visita: 18/06/2019): http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/laborde-pasado-presente-futuro-comite-contrterrorista-del-consejo-de-seguridad-de-naciones-unidas)

³⁸⁴ Actualmente ostenta este puesto el representante de Perú, Gustavo Meza-Cuadra Velásquez. España tuvo la oportunidad de ostentar este cargo, bajo la figura de Inocencio Arias, quien animó a la creación de la Dirección Ejecutivo del Comité. *Vid.*, “Chair of the Counter-Terrorism Committee”, *Security Council, Counter-terrorism Committee*, en (última visita: 18/06/2019): <https://www.un.org/sc/ctc/about-us/current-chair-of-the-counter-terrorism-committee/>

³⁸⁵ *Vid.* “Lucha contra el terrorismo desde los Foros Internacionales”, en *Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión europea y Cooperación*, en (última visita: 18/06/2019): <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Terrorismo/Paginas/LuchaContraElTerrorismoDesdeLosForosInternacionales.aspx> / DÍAZ BARRADO, C.M., “El marco jurídico-internacional de...”, *Op. Cit.*, p. 18 y ss.

3. El sistema legal de Naciones Unidas para la lucha contra la radicalización y el extremismo violento

Uno de los aspectos que más está preocupando a la comunidad internacional en general se centra en el fenómeno de los combatientes autónomos y los combatientes extranjeros. Ya se estudió en el Capítulo I, cómo DAESH está usando a su favor las ventajas que ofrece las nuevas tecnologías junto con Internet, sirviendo esto de plataforma de “radicalización” o “adoctrinamiento” autónomo y a distancia.

Debido a esta amenaza creciente, por la que más de 30000 jóvenes han viajado a territorios controlados por DAESH desde 100 Estados distintos^{386/387}, las Naciones Unidas deciden tratar dicho problema para encontrar una dirección conjunta que lleve a una solución. Es así como se redacta la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de la ONU.

3.1. La Resolución 2178 (2014) del Consejo de Seguridad

La Resolución 2178, constituye el primer documento que trata el problema de los combatientes extranjeros, introduciendo a su vez una serie de innovaciones³⁸⁸ y “recomendaciones” para la prevención de la movilización de combatientes extranjeros, haciendo especial hincapié en la lucha contra la radicalización y el extremismo violento.

Exigiendo, en primer lugar, que los Estados revisen sus Ordenamientos Jurídicos internos con el fin de identificar las carencias que padezcan en cuanto al cumplimiento de las Resoluciones 1373 y 164 de 2001, la Resolución 2178 solamente se refiere en modo

³⁸⁶ UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. COUNTER TERRORISM COMMITTEE. EXECUTIVE DIRECTORATE (CTED), Implementation of Security Council resolution 2178 (2014) by States affected by foreign terrorist fighters, Ed. UN publications, 2015, p. 3, en (última visita: 25/06/2019): https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2016/09/FTF-Report-1-3_English.pdf

³⁸⁷ Solo en España en 2016 fueron 160 el número de detenidos en España que pretendían viajar a Siria o a Irak para enrolarse en las filas de DAESH y convertirse así, en combatientes yihadistas (muhayidinmes). Vid. REINARES F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 68.

³⁸⁸ MARRERO ROCHA, I., “Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo General de Naciones Unidas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 54, p. 559.

coercitivo a la hora de integrar las medidas ya exigidas en la Resolución 1373 en cuanto a la prevención y represión de la financiación del terrorismo.

De este modo, la Resolución 2178 no exige nada nuevo, ya que a la hora de tratar el problema de los combatientes extranjeros y de la radicalización o extremismo violento, tan solo se limita a apuntar su gran peligrosidad y a animar a los Estados a adoptar medidas para la prevención de este creciente fenómeno. No se trata de exigencias, sino de recomendaciones, reduciéndose este alegato de Naciones Unidas a un simple brindis al sol, produciendo decepción e inseguridad entre la doctrina³⁸⁹.

La máxima aspiración en relación a estas nuevas estrategias de los grupos terroristas consiste en la “exhortación” a tipificar una serie de conductas, entre las que se encuentran “viajar al extranjero para cometer o preparar actos terroristas”; “la financiación de actos terroristas” (ya exigido en la Resolución 1373 de 2001 y en la Convención para la Prevención y Represión de la Financiación del Terrorismo de 2004); y la tipificación de “la organización y reclutamiento para los viajes a territorios extranjeros”.

Estas medidas no son novedosas, pues ya fueron propuestas en textos anteriores. Las Naciones Unidas no aportan nada nuevo a la lucha antiterrorista, dejando al libre albedrío de los Estados la adopción (o no) de medidas contra la radicalización violenta. Esto, desde luego, no beneficia a la estrategia universal contra el terrorismo yihadista, probablemente derivado de la falta de acuerdo en cuanto a la interpretación del concepto “terrorismo”.

De hecho, dejan mucho que desear las “medidas” recomendadas en cuanto a la radicalización y el extremismo violento. La única referencia a este respecto se limita a la cooperación entre Estados en la lucha contra el extremismo violento, así como a “prestar apoyo sistemático a sus esfuerzos recíprocos por luchar contra el extremismo violento que puede conducir al terrorismo, en particular mediante el desarrollo de la capacidad, coordinación de los planes y medidas, y el intercambio de enseñanzas adquiridas”. Sin

³⁸⁹ De hecho, el mismo informe de la OSCE lo afirma cuando advierte que “las resoluciones 2178 (2014) y 2396 (2017) han sido objeto de crítica por crear obligaciones para los Estados para tomar medidas generales sin definir claramente el objetivo”. Vid. OSCE, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of “foreign Terrorist Fighters” within a Human Rights Framework*, Ed. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, p. 9.

embargo, Naciones Unidas no aporta ningún tipo de asistencia más. A falta de algún informe psicológico, social y jurídico que ponga de manifiesto las posibles causas que llevarían a la radicalización violenta, así como las eventuales conclusiones o medidas que podrían atajar dicho problema o, al menos reducirla, deja una estrategia universal sin una dirección definida y, por lo tanto, abocada al fracaso.

Desgraciadamente, no se trata de un caso aislado. Esta dinámica se repetirá en los siguientes documentos adoptados en el seno de Naciones Unidas, sin que exista, a fecha de hoy al menos, una Resolución que exponga medidas concretas para frenar el avance de esta amenaza. Si nos fijamos en la Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, adoptada en su sesión 7453 de 29 de mayo de 2015, el panorama no es más esperanzador.

La ONU vuelve a pecar de pasividad, proclamando muchas buenas intenciones, pero ningún contenido concreto. Condenando la nueva dinámica terrorista, refleja su gran preocupación por los combatientes extranjeros, tal y como ya se hizo en la Resolución 2178. El cuerpo del documento, y su contenido, emulan a las resoluciones anteriormente adoptadas, incluyendo algunas novedades en referencia a la radicalización y al extremismo violento, exhortando a los Estados a³⁹⁰:

- Prevenir la radicalización
- Respetar el Estado de Derecho y Derechos Fundamentales para prevenir la radicalización
- La mejora de las medidas de prevención, interdicción y aplicación de la Ley, al mismo tiempo que compartir información a nivel nacional
- Establecer programas para prevenir la radicalización en las escuelas y en las cárceles, así como el desarrollo de campañas de sensibilización a través de los medios de comunicación.

Aunque esta vez, pudiera parecer que se han incluido más procesos y avances en materia de radicalización, lo cierto es que no son más que recomendaciones, que además

³⁹⁰ Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, adoptada en su sesión 7453 de 29 de mayo de 2015.

tan solo tiene un carácter meramente informativo y general, por lo que, en realidad, la estrategia global contra la radicalización continua sin una dirección definida, que ni siquiera es capaz de dar una definición acotada de lo que se debe entender por “combatiente extranjero”. Así, y como argumenta BILKOVÁ refiriéndose en general al cuerpo legal contra el extremismo violento y los combatientes extranjeros (haciendo especial referencia a la Resolución 2178) se espera un futuro complicado, en el que “el régimen construido alrededor del concepto de combatientes terroristas extranjeros corre el riesgo de convertirse en una amenaza para los valores que se supone debe proteger. Y dado que el respeto por los Derechos Humanos es una parte integral de cualquier estrategia exitosa contra el terrorismo, también corre el riesgo de poner en peligro sus propios propósitos. La comunidad internacional, con el Consejo de Seguridad de la ONU a la cabeza, haría bien en reconsiderar los contornos y el contenido del nuevo régimen y reflexionar sobre si la "terrorización" del derecho internacional que hemos presenciado en los últimos años es una solución al problema del terrorismo o, mejor dicho, una parte cada vez mayor de este problema”³⁹¹.

3.2. Estrategia Global contra el Terrorismo y el Plan de Prevención del Extremismo Violento

Ante esta situación de desasosiego, la ONU decide establecer el llamado “Plan de Prevención del Extremismo Violento” (en adelante “PEV”) para intentar paliar el problema.

El 8 de septiembre de 2006 la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba la Estrategia Global contra el Terrorismo a propuesta del informe del Secretariado General³⁹². Esta estrategia consta de cuatro grandes pilares, a saber³⁹³:

- a) Abordar las condiciones que ayudan a propagar el terrorismo.

³⁹¹ BILKOVÁ, V., “Foreign fighters and International Law”, en *Groningen Journal of International Law*, vol. 6 (1): Terrorism and International Law, 2018, p. 23.

³⁹² DI STASIO, C., *Lotta a multilivello al terrorismo internazionale...*, Op. Cit., p. 119.

³⁹³ Estrategia Global de las Naciones Unidas Contra el Terrorismo, Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo, en (última visita: 25/06/2019): <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy>

- b) Prevenir y combatir el terrorismo.
- c) Reforzar la capacidad de los Estados y fortalecer el papel de la ONU.
- d) Garantizar los Derechos Humanos y el Estado de Derecho.

Las medidas que integra son de diversa índole y cada una de ellas está enfocada a alguno de los pilares que anteriormente se ha señalado. Aún así, merece destacar las más relevantes: “mejorar la coherencia y la eficacia de la asistencia técnica para la lucha contra el terrorismo; establecer sistemas de asistencia a las víctimas del terrorismo y sus familias; hacer frente a la amenaza del bioterrorismo; hacer frente a la creciente amenaza del uso terrorista de las nuevas tecnologías; modernizar los sistemas de control de fronteras y aduanas; y fomentar la cooperación en la lucha contra el blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo”³⁹⁴, entre otras muchas medidas. De este modo, se consigue unificar una estrategia mundial común, con la que se abordaran todos los asuntos relativos a la lucha antiterrorista, entre los que también destaca el desarrollo de un Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento (PEV).

Esta estrategia en particular afirma que la radicalización constituye el primer paso hacia la actividad terrorista, remarcando que, a pesar de no ser un fenómeno muy novedoso, sí que ha sido explotado y magnificado por los grupos terroristas actuales, como son Al Qaeda y, especialmente, DAESH³⁹⁵.

Y es que no solamente se encuentran medidas basadas en la seguridad, sino que incluye además “medidas sistemáticas que aborden las condiciones subyacentes que impulsan a las personas a radicalizarse y unirse a los grupos extremistas violentos”³⁹⁶.

En este plan se implican todas y cada una de las distintas organizaciones que forman parte de Naciones Unidas, destacando la UNESCO debido al importante papel que se le otorga a la educación y sobre todo a los jóvenes, estableciendo medidas como:

³⁹⁴ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de...*, Op. Cit., p. 311.

³⁹⁵ MORA PICAZO, R., “Plataformas online, contraterrorismo y prevención de la radicalización: cinco experiencias”, en *GESI. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional*, en (última visita: 25/06/2019): <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/plataformas-online-contraterrorismo-y-prevención-de-la-radicalización-cinco-experiencias>

³⁹⁶ Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento, en (última visita: 25/06/2019): <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/plan-action-prevent-violent-extremism>

“la educación, el desarrollo de competencias y la facilitación del empleo; el empoderamiento de los jóvenes; la comunicación estratégica, Internet y los medios sociales; y la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres”³⁹⁷.

Sin embargo, este plan adolece de ciertas carencias que, como en el resto de documento a los que nos hemos referido, hacen complicado su puesta en marcha y, por ende, su eficacia. El plan anima a los Estados a que diseñen sus propios planes de prevención nacionales, de forma que se puedan adaptar mejor a las circunstancias que caracterizan a cada una de las naciones. Y es aquí donde reside el problema. El amplio margen de maniobra que el Plan ofrece a los Estados podría “crear un espacio para los abusos de los Derechos Humanos y asegurar el desarrollo y el trabajo de los Derechos Humanos”³⁹⁸. Pero no solamente sufre de este problema. El Plan carece de suficientes mecanismo y métodos de control y “herramientas de evaluación” para comprobar que el Plan de Prevención se ejecuta correctamente³⁹⁹.

Así las cosas, y aunque las Naciones Unidas condenan en cada una de sus resoluciones y Convenciones el terrorismo, la realidad es que a nivel universal la acción legislativa se diluye en un ámbito tan amplio como es el global. La ONU no solo no ha conseguido definir el concepto de “terrorismo”, sino que además no ha sido capaz de delinear estrategias firmes y concretas para la lucha contra el terrorismo, quedando estos documentos y normas como una simple declaración de intenciones.

³⁹⁷ “Prevenir el extremismo violento”, en *UNESCO*, en (última visita: 25/06/2019): <https://es.unesco.org/preventing-violent-extremism>

³⁹⁸ INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, *The United Nations Counter-Terrorism Complex. Bureaucracy, Political Influence and Civil Liberties*, 2017, p. 119 y ss.

³⁹⁹ *Ibidem*.

III. LA UNIÓN EUROPEA Y LA LUCHA CONTRA EL TERRORISMO A NIVEL REGIONAL

1. La estrategia general contra el terrorismo

Europa ha sido objeto de amenaza terrorista en los últimos años, llegándose a producir diversos ataques terroristas en su propio territorio. Pero estos ataques no constituyen la única consecuencia de este fenómeno terrorista, sino que además ha aparecido una nueva tendencia: la captación y la radicalización terrorista, así como el traslado a territorio extranjero de nacionales europeos y, a veces, con poca relación con el extremismo islámico.

Este nuevo escenario preocupa, y mucho, a la Unión Europea, la cual, en los últimos años, ha llevado a cabo una labor legislativa en materia de terrorismo sin precedentes. Este sistema regional ya cuenta con su propio cuerpo legislativo para la lucha contra el terrorismo, cuyo verdadero auge hay que establecer a partir del año 2004, con motivo de la conmoción por el atentado del 11M en Madrid.

Es así como en 2005 se crea la que resulta ya conocida como “estrategia general contra el Terrorismo”. Esta se puede resumir en cuatro pilares básicos: prevenir, proteger, perseguir y responder⁴⁰⁰. Cada uno de estos pilares, se centra en una función concreta, que a su vez está formada por una serie de medidas específicas.

La prevención es uno de los pilares más importantes o, al menos, al que más esfuerzos han destinado. Mediante este pilar se establecen medidas de diverso carácter, entre las que destacan especialmente las dirigidas a “los focos de radicalización” (Internet, prisiones y mezquitas) y los procesos de radicalización dirigidos a grupos marginales más vulnerables⁴⁰¹, apostando, a su vez, por medidas sociales y de reintegración en la sociedad.

⁴⁰⁰ “La lucha contra el terrorismo en la UE”, en *Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea*, en (última visita: 13/09/2019): <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/#>

⁴⁰¹ ALONSO MARCOS, A., “Terrorismo, Yihadismo y crimen organizado en la estrategia global de seguridad de la UE”, en *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n. 42 (Octubre / October 2016), p. 20.

Pasando al segundo de los pilares, esto es, la “protección”, podemos decir que se basa en el impulso de la cooperación y coordinación entre las fuerzas del orden, inteligencia e instituciones tanto estatales como pertenecientes a la Unión Europea, y a nivel físico y cibernético, con el fin de proteger, además, las fronteras exteriores⁴⁰².

La cooperación policial y judicial entre los Estados Miembro de la Unión Europea se erigiría como tercer pilar de esta estrategia. Mediante esta cooperación se pretende frenar los planes de aquellos grupos que tengan el objetivo de cometer actos terroristas, al mismo tiempo que se procura interceptar y bloquear cualquier tipo de fuente de financiación para dichos grupos⁴⁰³.

Por último, la Unión Europea se concentra en “la respuesta a los atentados” para cerrar el círculo estratégico de la lucha contra el terrorismo. Este último pilar podría entenderse como “(la preparación) con espíritu solidario, a gestionar y minimizar las consecuencias de un atentado terrorista”⁴⁰⁴.

Pero aquí no terminan las medidas para la lucha contra el terrorismo de las que dispone la Unión Europea. A lo largo de las últimas décadas se han comenzado a redactar normas europeas de obligada armonización para los Estados Miembros con el fin de fomentar la coordinación y cooperación en la prevención y represión contra el terrorismo. Entre las más destacables se encuentran la Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, por un lado; y la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

⁴⁰² PÉREZ DÍAZ-HEREDERO, A., “La evolución de la Estrategia Antiterrorista europea: Europol y sus grandes retos”, en *Análisis GESI*, 30/2016, en (última visita: 13/09/2019): <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/la-evolucion-de-la-estrategia-antiterrorista-europea-europol-y-sus-grandes-retos>

⁴⁰³ RUIZ GRANADO, L. “La estrategia de la Unión Europea en los tiempos del ISIS”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 29 de julio de 2015, p. 5, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM17-2015_Estrategia UE Yihadismo RuisGranado.pdf

⁴⁰⁴ “La lucha contra el terrorismo en la UE”, en *Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea*, (última visita: 13/09/2019): <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/#>

2. El marco normativo antiterrorismo europeo

2.1. La Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo relativa a la lucha contra el terrorismo

La normativa europea en tema terrorismo ha venido siendo impulsada por los distintos acontecimientos de dicha naturaleza. Así, la primer Decisión Marco de relevancia penal para los Estados Miembros⁴⁰⁵ tiene su origen en la repercusión de los atentados del 11 de septiembre en Nueva York⁴⁰⁶. Es de esta manera, e igualmente inspirada por la Resolución 1373 (2001) de Naciones Unidas, como se redacta por el Consejo la DM 2002/475/JAI, relativa a la lucha contra el terrorismo.

El objetivo principal de esta Decisión Marco (a partir de ahora DM), sería armonizar los Ordenamientos Jurídicos europeos par facilitar la lucha contra el terrorismo a nivel regional, fomentando la implementación de nuevos tipos penales relativos al terrorismo en aquellas legislaciones que carecieran de estos⁴⁰⁷. Para favorecer esta cooperación la DM comienza con una definición de lo que se entenderá por “delitos de terrorismo” (art. 1 DM) con el fin de que esta favorezca la identificación de las conductas típicas de naturaleza terrorista.

Dicha DM comienza en su art. 1, como se iba diciendo, a la tipificación de los delitos de terrorismo. Esta descripción está compuesta de una fórmula tradicional: deberá darse un tipo objetivo junto con un fin teleológico (tipo subjetivo).

En cuanto al tipo objetivo, el art. 1 DM recoge una serie de conductas constitutivas de delito: atentados contra la vida de una persona; atentados graves contra la integridad

⁴⁰⁵ ARTEAGA MARTÍN, F., “Medidas antiterroristas de la Unión Europea antes y después del 11-M”, en *Instituto universitario de investigación sobre seguridad interior*, pp. 2 y 3.

⁴⁰⁶ CORRAL MARAVER, N., “Capítulo VII. La Guerra Civil española y la Dictadura de Franco. El Código Penal de 1944”, en *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 11 y 12.

⁴⁰⁷ En efecto, muchos de los Estados Miembro de la Unión Europea a comienzos del siglo XXI carecían de instrumentos legales para combatir la amenaza terrorista. Sin embargo, algunos Estados, entre los que se encontraba ya España, debido a su experiencia con grupos terroristas autóctonos, estas recomendaciones no eran necesarias, ya que sus ordenamientos jurídicos se encontraban bastante avanzados en dicho aspecto.

Se encuentra aquí donde radicaría la importancia de la función de la Unión Europea para la coordinación de la lucha contra el terrorismo, insistiendo, muy inteligentemente, en el aspecto legal.

física; secuestro o toma de rehenes; destrucción masiva de instalaciones gubernamentales, sistemas informáticos y sistemas de transporte, entre otros; apoderamiento ilícito de aeronaves y buques, entre otros; fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, al igual que otras sustancias de similar naturaleza; perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural de necesidad básica; y, por último, la amenaza de ejercer estas actividades. Se trata de una tipificación básica, pero algo desafortunada, ya que, para conductas tan dispares, cuyos bienes jurídicos poseen distinta relevancia, no se establecen penas distintas.

Ahora bien, de forma muy acertada, la DM establece que, para que estas conductas sean consideradas como delitos de terrorismo, resulta imprescindible primero la concurrencia de unos fines específicos. Estos fines teleológicos que deben acompañar a estas conductas se resumen en tres: intimidar gravemente a la población; obligar a los poderes públicos o a las organizaciones internacionales a realizar algo o a abstenerse de hacerlo; y, la desestabilización grave de las estructuras políticas, económicas y sociales. La exigencia de este elemento subjetivo específico limita la consideración de los delitos de terrorismo, salvaguardando, de este modo, al mismo tiempo, los principios y valores democráticos que comulgan con el ideario europeo.

Pero no terminan aquí las novedades por las que la DM de 2002 resulta tan relevante. En su art. 2, se expone por primera vez qué se entenderá por “organización terrorista”, la cual viene a significar “toda (aquella) organización estructurada de más de dos personas, establecida durante cierto periodo de tiempo, que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos de terrorismo”⁴⁰⁸. De esta forma, y para evitar interpretaciones erróneas la DM también contempla el sentido de la expresión “organización estructurada”, o lo que es lo mismo, “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”⁴⁰⁹. Con estas definiciones, la DM deja poco margen de maniobra a los Estados Miembros a la hora de incorporarlas a sus

⁴⁰⁸ Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo, art. 2.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

Ordenamientos Jurídicos, lo que asimismo favorece a una mayor coincidencia entre legislaciones nacionales.

Dicha definición viene dada con el fin de que los Estados, además, tipifiquen delitos de dirección de este tipo de organizaciones, así como también la participación en las actividades de las mismas. Resulta interesante detenerse en el delito de participación. Teniendo en cuenta su carácter abstracto, bien se podría incluir aquí el reclutamiento y el entrenamiento de naturaleza terrorista, aunque no se mencione de modo expreso en la literalidad de la DM, pudiéndose apuntar a este como el “precedente” del delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP.

Sin embargo, y debido a la evolución del *modus operandi* del fenómeno terrorista, protagonizado especialmente por DAESH, se hizo necesario la redacción de otra DM, que consiguiera adaptar la DM de 2002 a las nuevas circunstancias en las que se desarrollaba.

Con motivo de los ataques perpetrados en suelo europeo, más concretamente en Madrid (11M) y en Londres (7J)⁴¹⁰, se redacta la DM 2008/919/JAI que modifica a la DM 2002/475/JAI.

El objetivo de esta nueva norma se centraba en modernizar los ordenamientos europeos en materia de terrorismo, tanto a nivel reglamentario como en la definición del nuevo fenómeno terrorista. Para ello, la DM 2008 anima a los Estados Miembros en incluir en sus legislaciones nuevos tipos de comisión⁴¹¹, entre los que se destacan la comisión de atentados terroristas, la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el apoyo financiero a dichas actividades, la provocación, la captación y el adiestramiento de terroristas, además de prever normas sobre complicidad, inducción y tentativa en relación con dichos delitos⁴¹². Esta nueva concepción desvela la consciencia (y preocupación) de la Unión Europea en cuanto al cambio de paradigma en

⁴¹⁰ CORRAL MARAVER, N., “La irracionalidad de la política criminal...”, Op. Cit., p. 11.

⁴¹¹ RUÍZ DÍAZ, L. J., “La prevención de la radicalización en la estrategia contra el terrorismo de la Unión Europea. Entre soft law e impulso de medidas de apoyo”, en *Revista Española de Derecho Internacional. Sección de Estudios*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid, p. 264.

⁴¹² LÓPEZ-JACOISTE, E., “La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 67, enero-junio 2016, p. 61.

el escenario internacional y en el desarrollo de nuevas técnicas por parte de los grupos y organizaciones terroristas de corte yihadista.

Así, la DM 2008 redacta una serie de modificaciones para adaptarse a esta nueva realidad. Comienza animando a los Estados Miembros con la incorporación a sus Ordenamientos Jurídicos de una serie de conductas, que se podrían considerar como delitos de peligro abstracto⁴¹³. Estos delitos son⁴¹⁴: provocación para cometer delitos de terrorismo; captación de terroristas; adiestramiento; robo o hurto para cometer delitos de terrorismo; chantaje con el fin de cometer delitos de terrorismo; y, libramiento de documentos falsos para cometer delitos de terrorismo. Mediante esta nueva redacción se moderniza la normativa antiterrorista europea, incluyendo, principalmente, delitos de carácter terroristas cometidos por medio de Internet. No obstante, y con la preocupación de que estas nuevas medidas pudieran derivar en la vulneración de ciertos Derechos Fundamentales, la Unión Europea hace un llamamiento en esta misma DM para proteger el derecho a la libertad de expresión (art. 2 DM 2008).

La legislación europea parecía así, suficiente para hacer frente a la amenaza terrorista. Sin embargo, entre 2015 y 2016 se sucedieron numerosos atentados terroristas de gran relevancia, del que destaca especialmente los ataques de Bataclán el 13 de noviembre de 2015, por los que el presidente francés Hollande declara la “guerra” al terror, invocando, por primera vez, la cláusula del art. 75 del Tratado de Maastricht.

2.2. La Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Un cambio de giro en la legislación de la Unión Europea para la lucha contra el terrorismo

Tras la oleada de ataques terroristas sufridas en territorio europeo, las DM parecían haberse quedado obsoletas. Bajo la presión de Francia por considerarse como el

⁴¹³ CORRAL MARAVER, N., “La irracionalidad de la política criminal...”, Op. Cit., p. 21.

⁴¹⁴ LÓPEZ-JACOISTE, E., “La Unión Europea ante los combatientes ...”, Op. Cit., p. 60.

Estado europeo más castigado por la acción de DAESH, se redacta una nueva directiva: la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

Los ataques de Charlie Hebdo a principios de 2015 y los atentados de Bataclán el 13 de noviembre del mismo año, pusieron a la Unión Europea en alerta. Se abrió así, un nuevo modelo de terrorismo, similar al de AL-QAEDA pero lo suficientemente novedoso como para considerarlo aisladamente. DAESH irrumpía, de este modo, en el escenario europeo, protagonizando distintos ataques terroristas de forma continua en territorio europeo en los siguientes años (22M, 14J, 19D, 3J, 17A⁴¹⁵).

La conmoción causada puso en marcha la maquinaria europea, que inició los trabajos de elaboración de un cuerpo normativo, dando como resultado la Directiva (UE) 2017/541, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017. Resulta curioso destacar que, ya como punto de partida llama la atención que las instituciones europeas decidieran usar esta vez el instrumento de la directiva, abandonando la pasada técnica de la Decisión Marco como se venía haciendo hasta entonces. Con esta decisión, la UE deja patente su compromiso con la lucha contra el terrorismo que había asumido, esta vez, con más contundencia. Mediante el uso de la Directiva, la UE pretende colmar las limitaciones de las que adolecía la DM, ya que las primeras despliegan efecto directo⁴¹⁶. De esta manera, los Estados Miembros deberán armonizar sus Ordenamientos Jurídicos inmediatamente.

Sin embargo, la verdadera novedad de este instrumento reside en los nuevos tipos penales que exige a los Estados introducir en su sistema normativo interno. Habida cuenta que los atentados terroristas a los que se ha hecho referencia anteriormente, han sido perpetrados por terroristas autónomos que, en muchas ocasiones, han conseguido capacitarse por medio del uso de Internet o redes sociales⁴¹⁷, no es de extrañar que el gran

⁴¹⁵ Se hace aquí referencia a los atentados de Bruselas el 22 de marzo de 2016; los ataques de Niza el 14 de junio del mismo año; los atentados de Berlín el 19 de diciembre; y los atentados de Londres el 3 de junio de 2017 y los de Barcelona y Cambrils el 17 de agosto.

⁴¹⁶ PIERNAS LÓPEZ, J. J., "La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva (EU) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo", en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 44, 2018, p. 59.

⁴¹⁷ SABELLA, P. M., "Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo...", Op. Cit. p. 140

punto central de la Directiva sea la introducción de delitos relacionados con el adiestramiento terrorista. Entre estos tipos se encuentran la interferencia ilegal en sistemas de información (art. 3.1.i); la captación para el terrorismo (art. 6); el adiestramiento para el terrorismo (art. 7); la recepción de adiestramiento para el terrorismo (art. 8) y los viajes con fines terroristas (art. 9), así como su organización y facilitación (art. 10)⁴¹⁸. No obstante, llama la atención que, aunque en los considerandos la Directiva condena el “aprendizaje autónomo”⁴¹⁹, no se expresa este objetivo en la relación de conductas a tipificar por los Estados Miembros. La razón de esta decisión puede encontrarse en la discrecionalidad que se le plantea a los Estados Miembros ya que el delito de autoadiestramiento plantea una serie de problemas bastante relevantes a la hora de incluirlo en el sistema penal de garantías.

A pesar de la previsible preocupación de la UE en temas de radicalización, resulta contradictorio, teniendo además en cuenta los principios que rigen dicho sistema regional, que solo se haya quedado esta acción en la superficie. En efecto, la estrategia de desradicalización desplegada por la Unión Europea se centra, exclusivamente, en el plano normativo, más concretamente en la represión. De esta manera, y desoyendo sus propios principios, la UE no contempla en ningún momento, ni protocolos ni la creación de centros u organismos que tengan como fin la prevención de la radicalización o procesos de desradicalización. La gravedad de esta circunstancia viene aumentada por la recomendación realizada por parte del Consejo de Europa, el cual determina como imprescindible la adopción de programas para desvincular a estas personas del extremismo violento, el cual comienza con la radicalización, en los cuales podrían servir aquellos sujetos que han completado su proceso de desradicalización⁴²⁰.

⁴¹⁸ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo II. Instrumentos internacionales ...”, Op. Cit., p. 73.

⁴¹⁹ Directiva (UE) 2017/451, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo, considerando 11: “(...) La recepción de adiestramiento para el terrorismo incluye la obtención de conocimientos, documentación o capacidades prácticas. El aprendizaje autónomo, en particular a través de Internet o consultando otro tipo de material de aprendizaje también debe considerarse recepción de adiestramiento para el terrorismo cuando sea el resultado de una conducta activa y se efectúe con la intención de cometer o contribuir a la comisión de un delito de terrorismo”.

⁴²⁰ De acuerdo con el Consejo de Europa, en sus directrices para los servicios penitenciarios y de *probation* sobre la radicalización y el extremismo violento, “se deben desarrollar y proponer a los detenidos y a las personas en *probation*, cuando sea apropiado, y en particular a quienes son considerados susceptibles de radicalización, programas especiales, incluida la utilización de tutores, para ayudarles a elegir una opción de vida libre de delincuencia y de extremismo violento. Se debe implicar en ello un personal formado especialmente en la aplicación o la supervisión de estos programas”.

La alternativa elegida por la UE se encuentra descompasada con respecto a los valores y principios sobre los que se basan las instituciones de la UE. El hecho de no reparar siquiera en diseñar un plan de prevención de la radicalización parece apuntar a que no es este uno de los principales objetivos de la UE o, al menos, de los Estados Miembros. No resultaría esta una hipótesis descabellada si se recuerdan los momentos inmediatamente posteriores a los ataques del 13N en París. Pocas horas después de los impactantes ataques yihadistas a la capital francesa, el presidente francés, Hollande, declara la “guerra” a DAESH⁴²¹. Ya se ha analizado la tendencia actual del uso de lenguaje bélico en el Derecho Penal contemporáneo, lo cual desemboca irremediabilmente en un Derecho Penal del Enemigo, por lo que nos remitiremos a lo dicho en el Capítulo I al respecto. Sin embargo, la actual normativa europea a propósito de los atentados recientes, especialmente desde los ataques de París, se ha centrado en la identificación del terrorista con el enemigo y, además, en la equiparación del radicalizado con el terrorista. A este respecto, este tipo de normas que no se apoyan en mecanismos sociales de desradicalización apunta hacia una “venganza” hacia el terrorista yihadista, un enfrentamiento contra el enemigo. Las consecuencias de estas circunstancias resultan perjudiciales a la hora de mantener un Derecho Penal de Garantías, contribuyendo a un Derecho Penal más severo, anclado en la identificación de un autor concreto y en la anticipación de la barrera de punibilidad con el fin de castigar al propio sujeto.

Cabe destacar, asimismo, que la Directiva hace referencia a la víctima del terrorismo, proponiendo un verdadero “estatuto de la víctima” del terrorismo, proporcionando medidas sociales, económicas y sanitarias para dar una respuesta global a la asistencia de las víctimas del terrorismo⁴²².

“Los ex extremistas violentos que han renunciado a la violencia pueden ser actores legítimos en la readaptación de personas en probation o de detenidos.”. *Vid.* Directrices para los servicios penitenciarios y de libertad condicional en relación con la radicalización y el extremismo violento, apartado V. b) 34, en (última visita: 16/09/2019): http://ceife.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/directricesServiciosPenitenciarios_ES.pdf

⁴²¹ Noticia “Hollande sobre los ataques en París: «Francia está en guerra»”, en *BBC Mundo*, en (última visita: 16/09/2019): https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151116_francia_se_declara_en_guerra_bm

⁴²² ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Derechos Humanos, derechos fundamentales y protección a las víctimas del terrorismo”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) / RUÍZ ARIAS, M. (Ed.), *Actas del Seminario Internacional. EL terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2017, p. 263.

IV. LA LEGISLACIÓN ANTITERRORISTA NACIONAL. DESDE LAS LEYES ANTITERRORISTAS DE LA DICTADURA FRANQUISTA HASTA LA REFORMA DEL AÑO 2015 DEL CÓDIGO PENAL

1. Regulación histórica de la normativa antiterrorista: desde la dictadura hasta el Código Penal de 1995

El terrorismo en España, por desgracia, se instala desde sus primeras manifestaciones con el terrorismo anarquista⁴²³. Sin embargo, lo realmente interesante y que puede aproximarse al estudio del delito de autoadoctrinamiento terrorista del actual art. 575.2 CP se centra en el periodo que lleva desde la dictadura franquista y sus leyes especiales, pasando por la transición hasta llegar a la etapa de la Democracia.

Aunque a comienzos del régimen franquista no se concentrase el Ordenamiento Jurídico en los movimientos terroristas⁴²⁴, pronto comenzaría a tener protagonismo dicho fenómeno, fomentando la promulgación de normas para prevenir y reprimir dichos movimientos.

La tónica que se tomará durante el periodo dictatorial se podría calificar como una “prolongación de la guerra por otros medios contra el enemigo interior”⁴²⁵. De este modo, y tal como relata PORTILLA, “lejos de adoptar un sistema penal indulgente con los vencidos, el Régimen militar asumió la necesidad de abordar un procedimiento de exterminio físico y moral del rival político”⁴²⁶. No resulta extraño, por ejemplo, que el mismo régimen rescatara de la República la Ley de Vagos y Maleantes. Dicha norma, no

⁴²³ Un ejemplo son los ataques terroristas del Liceo de Barcelona y el Corpus en Madrid de los que ya se habló en el Capítulo I y a ello me remito.

⁴²⁴ De hecho, el inicio del franquismo se concentró en la persecución de fuentes de peligro como el anarquismo, el comunismo y, especialmente, a los republicanos, también llamados “rojos”. Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Legislación antiterrorista en España”, en *SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, 2003, p. 1.

⁴²⁵ TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I., *Derecho Penal del enemigo en el primer franquismo*, Ed. Publicacions de la universitat d'Alacant, Alicante, 2017, p. 237.

⁴²⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., *La consagración del Derecho Penal de autor durante el franquismo. El tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Ed. Comares, Granada, 2010, p. 5.

se centra en la responsabilidad penal por el hecho que haya podido cometer una persona, sino que, en realidad, se persigue la peligrosidad del individuo, adelantándose así la barrera de punibilidad mucho antes de la comisión del delito⁴²⁷. No solo resultó esta la única medida que tomó en cuanto a esta decisión, sino que el régimen adaptó esta norma a sus dictámenes, incluyendo como objetivos a perseguir a los homosexuales, “los que incitaran «al terrorismo» y los que «perturben con su conducta o pusieren en peligro la paz social y la tranquilidad pública». En la práctica, la Policía podía detener a quien quisiera”⁴²⁸, es decir, todo aquel sujeto contrario o que resultara “peligroso” para el régimen político. Esta será la dinámica que seguirá el Derecho Penal, en la que no se castigaba una determinada conducta, sino que la política criminal se caracterizó por el dominio de un Derecho Penal de Autor que, unido a la anticipación de las barreras de punibilidad, darán como resultado un Derecho Penal del Enemigo, tal y como el que predominaba en los totalitarismos europeos de mediados del siglo XX.

De hecho, esto se pudo comprobar años después con la promulgación de la Ley de Bandidaje y Terrorismo de 1947. Aunque el origen inicial de esta norma consistía en sofocar la amenaza de los “maquis” o de las “guerrillas antifranquistas”, lo cierto es que pronto el foco se centró en cualquier “preocupación del régimen franquista por toda actividad contraria a sus principios”⁴²⁹, entre los que, efectivamente, se incluiría la acción terrorista de organizaciones como ETA o el GRAPO. Se trataba de un asunto tan relevante para el régimen que la jurisdicción competente no sería la ordinaria, sino que conocería de dichos casos la jurisdicción militar, reconociéndose penas graves, como la pena de muerte, en el caso en el que se atentase contra la seguridad pública⁴³⁰.

Dicha dinámica no se detuvo, promulgándose a tan solo dos meses antes de la muerte del dictador Franco el Decreto-Ley sobre la Prevención del Terrorismo de 1975. El principal objetivo de dicha norma radicaba en la declaración de un estado de excepción

⁴²⁷ MIRAT HERNÁNDEZ, P., “D. Juan del Rosal Fernández” en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (Dir.), *El Derecho Penal de la posguerra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 319 y ss.

⁴²⁸ BANDRÉS, J. / LLAVONA, R. / ZUBIETA, E., “La psicología criminal en la Policía de Franco”, en *Psicothema*, vol. 25, n. 1, 2013, p. 59.

⁴²⁹ MARTÍNEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro Derecho. España y el fenómeno terrorista en los siglos XIX y XX”, en *Anales de Derecho*, vol. 34, n. 2, 2016, p. 31.

⁴³⁰ CERRADA MORENO, “Evolución histórica de la legislación antiterrorista en España: la lucha contra el terrorismo anarquista, el terrorismo subversivo y el terrorismo yihadista”, en *e-Legal History Review*, n. 26, 2018, pp. 8 y 9.

en el País Vasco, que luego se extendería a la totalidad del territorio español, con el fin de aplacar la actividad de subversión protagonizada principalmente por ETA. Entre sus novedades destacan principalmente tres:

- En primer lugar, se reconocía un incremento general de las penas. En concreto, se contemplaba el incremento de las penas cuando los atentados se cometieran contra autoridades, agentes o Fuerzas Armadas o de Seguridad, apreciándose incluso la pena de muerte cuando los actos de subversión hubieran ocasionado la muerte, el secuestro o la mutilación⁴³¹.
- La suspensión del art. 15 del Fuero de los Españoles, relativo al tiempo máximo de detención preventiva (10 días máximo). Igualmente, se suspendió el art. 18 de la misma norma que regulaba la inviolabilidad del domicilio⁴³², con la peculiaridad de que, además, esta medida se extendió a la totalidad del país.
- Sin embargo, una de las medidas más vanguardistas era el “cambio” en la legitimidad para su jurisdicción. Si bien anteriormente era la jurisdicción militar la legitimada para conocer los asuntos de terrorismo, esta norma propone que, en algunas ocasiones, la jurisdicción competente será la ordinaria⁴³³. No obstante, en pocas ocasiones se daría este caso.

Con la muerte del dictador, España entraba en una transición hacia la Democracia. La transición abría una etapa llena de esperanzas en la que se esperaba que la actividad terrorista desaparecería, nada más lejos de la realidad. Como ya se expuso en el Capítulo I, ETA protagonizó entre finales de los 70 y principio de los 80 un periodo bastante crudo, llegándose a calificar como “los años de plomo” del terrorismo. El Estado español optó por la promulgación de leyes especiales, las cuales estaban en vigor durante un periodo de tiempo determinado.

⁴³¹ CERRADA MORENO, “Evolución histórica de la legislación...”, Op. Cit., p. 11 / DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Legislación antiterrorista en España...”, Op. Cit., p. 1.

⁴³² CASANELLAS PEÑADOR, P., “Los últimos zarpazos del Franquismo: el Decreto-Ley sobre prevención del terrorismo de agosto de 1975”, en *Historia del presente*, n. 11, 2008/2, 2ª Época, pp. 162 y ss.

⁴³³ CERRADA MORENO, “Evolución histórica de la legislación...”, Op. Cit., p. 11.

Un ejemplo es la LO de 1984. Dicha ley, introdujo varios tipos delictivos nuevos, así como nuevas medidas punitivas, con el fin de proporcionar “medidas legales a los medios policiales y judiciales para la persecución del terrorismo, y, por otra parte, endurecer las penas para atemorizar a los potenciales delincuentes”⁴³⁴.

Sin embargo, todo cambió con la promulgación del Código Penal en 1995 con la promulgación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre. Desde entonces, se incluyen los delitos de terrorismo en el Capítulo V, del Tít. XXII, del Libro II. Sin embargo, su regulación resulta tosca y no muy clara, especialmente relacionada con el terrorismo que sufría la sociedad española en los años 80 y 90, protagonizado especialmente por ETA.

Al igual que ahora, se carecía de un concepto de terrorismo, conformándose el Ordenamiento Jurídico de entonces con una simple definición de “acto terrorista”, por el que se entendería “(aquellas) determinadas actuaciones encaminadas a «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública» cometiendo delitos de estragos o incendios”, dirigiéndose, asimismo, como atentados contra las personas⁴³⁵. De esta manera, se puede entender que el delito de terrorismo se compondrá de un elemento objetivo, esto es, “determinadas acciones (...) cometiendo delitos de estragos o incendios”, junto a un elemento subjetivo específico, es decir, “encaminadas a «subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública»”. Este es el esquema que se seguirá durante buena parte de la tradición codificadora española en democracia, de hecho, resulta también aquella recomendada por Europa.

En cuanto al elenco de delitos de terrorismo que el joven Código Penal del 95 incluía en sus inicios, este comprendía cinco tipos penales (arts. 571 – 577 CP’95). En el art. 571 se tipificaban los delitos de terrorismo que consistían en la pertenencia, la actuación al servicio o la colaboración con banda armada, organización o grupo cuya finalidad sea la de “subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”⁴³⁶, cometiendo delitos de estragos o incendios de los arts. 346 y 351 respectivamente.

⁴³⁴ BOBILLO, F. J., “Constitución y ...”, Op. Cit., p. 68.

⁴³⁵ SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, p. 922.

⁴³⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 905 y 906.

Por su parte, el art. 573 CP regulaba el delito de depósito de armas, municiones y sustancias explosivas, inflamables, incendiarias o asfixiantes, delito que ha perdurado hasta nuestros días. El legislador de entonces se habría “cubierto las espaldas” con la redacción del art. 574 CP. Este artículo contiene una cláusula abierta, por la que se castigará “cualesquiera otra infracción cometida con los fines de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública”, ya sea perteneciendo o colaborando con la banda armada o grupo terrorista. Es en este precepto donde se refleja perfectamente la importancia del elemento subjetivo específico, ya que, no importa qué conducta delictiva se cometa, lo verdaderamente importante para considerarla como un delito de terrorismo consiste en la finalidad de subvertir el orden constitucional establecido o alterar gravemente la paz pública⁴³⁷.

Por otro lado, y centrándose el Código Penal en los daños colaterales que pudieran resultar de un atentado terrorista, el art. 575 CP regula el delito de atentados contra el patrimonio para favorecer actividades terroristas.

Sin embargo, la conducta típica que verdaderamente ocupa una gran relevancia para este estudio se encuentra en el art. 576 CP. En estos preceptos se recogen los delitos de colaboración, por el que se castigan las distintas formas de colaboración que, de acuerdo con el mismo precepto, se identifican con:

- La utilización de alojamientos o depósitos
- La ocultación o traslado de personas vinculadas a las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas
- La organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas.
- Y, por último, se integra aquí también una cláusula abierta, por la que se castigará cualquier conducta que implique la cooperación o ayuda con los fines de la banda armada o de la organización o grupo terrorista.

Estas conductas con las que ya contaba el texto punitivo en sus primeras redacciones han servido de inspiración para la introducción de nuevos tipos a través de la reforma por LO 2/2015, de 30 de marzo. De hecho, cuando el CP expresa como conducta

⁴³⁷ *Ibidem*.

de colaboración la “organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas”, podemos encontrar aquí los actuales preceptos de los arts. 575.1 y 577.1 CP. El adiestramiento terrorista que ha ganado relevancia en los últimos años por el nuevo *modus operandi* de DAESH, coincide (y podría encajar) con la redacción de este precepto. En cuanto al último apartado del delito de colaboración del art. 576 de la primera redacción del Código Penal, gracias al carácter abstracto y amplio del que goza, y que por cierto pone en riesgo el principio de determinación y de seguridad jurídica, podría coincidir con el delito de autoadocctrinamiento del art. 575.2 del actual Código. Este, por lo tanto, se puede decir que constituiría el antecedente del delito de autoadocctrinamiento.

Pero no solamente el delito de colaboración ha sentado antecedentes de la actual redacción del Código Penal, sino que el art. 577 de la primera redacción del Código Penal sienta las bases de lo que se conocería hoy como “terrorismo autónomo”. En efecto, sin necesidad de pertenecer a la banda armada o a la organización o grupo terrorista, el art. 577 castigaba cualquier acción que constituyera una acción terrorista que persiguiera el fin de subvertir el orden constitucional establecido o de alterar gravemente la paz pública.

A partir de entonces, el Código Penal ha sufrido un total de cuatro reformas en relación con los delitos de terrorismo. Estas reformas han ido sucediéndose conforme a las exigencias que aparecían en la realidad social y a causa de la mutación del fenómeno terrorista. Con la aparición del terrorismo yihadista, representado principalmente por AL-QAEDA primero, y DAESH más tarde, el legislador español decide adaptar las leyes penales a esta nueva manifestación del terrorismo, cada vez más inocuo y difícil de prevenir y perseguir. Ante un movimiento terrorista, cuyos miembros o simpatizantes están dispuestos a morir en atentados, el Estado no se puede “permitir”, al menos desde el punto de vista electoral, esperar a que se produzca la comisión del ataque, sino que, ante el avance del populismo punitivo, no le queda más remedio que recurrir a la prevención de este tipo de terrorismo. Aunque lo ideal sería tratar la prevención desde una perspectiva social y educativa, el legislador español ha optado por darle alcance por medio del Derecho Penal.

De esta manera, se ha avanzado llegar al delito de autoadocctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP) a lo largo de estas reformas. Aunque son cuatro las reformas que se han producido hasta la fecha (2000; 2010; 2015 y 2019), las verdaderamente relevantes para

este estudio se centran en la reforma de 2010, operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, por un lado; y la reforma de 2015, operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se introduce el delito de autoadocinamiento (art. 575.2 CP), objeto principal de este trabajo.

La reforma llevada a cabo 2010 introduce novedades a las que ya llamaba a incluir la normativa europea, más concretamente la DM 2002. En primer lugar, se hace una diferenciación expresa entre los conceptos de grupo y organización terroristas (art. 571 CP)⁴³⁸. De esta manera, por organización terrorista se entenderá aquella agrupación formada por **más de dos personas**, que tenga un **carácter estable** o por tiempo definido, por lo que no será suficiente con que se cree para cometer un delito puntual, sino que debe proyectarse esta intención de cometer delitos en un futuro. Además de esto, las personas que integren esta agrupación de personas deberán **repartirse las tareas o funciones** con el fin de **cometer delitos de terrorismo**⁴³⁹.

Mientras que el grupo terrorista se diferencia de la organización terrorista en que no será necesaria la continuidad en el tiempo, así como tampoco precisa que los integrantes se repartan las tareas o funciones⁴⁴⁰.

Pero no se detiene aquí esta reforma, sino que, y más interesante para el presente estudio, se regulan por primera vez las conductas que consistan en la captación, adoctrinamiento, adiestramiento o formación dirigida a la incorporación de otros a una

⁴³⁸ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 34.

⁴³⁹ Así lo recoge la STS 293/2011, de 14 de abril, (TOL.2.181.130; PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA): "(...) los elementos que integran la nota de organización en los siguientes términos: a) existencia de una estructura más o menos normalizada y establecida; b) empleo de medios de comunicación no habituales; c) pluralidad de personas previamente concertadas; d) distribución diferenciada de tareas o reparto de funciones; e) existencia de una coordinación; f) debe tener finalmente, la estabilidad temporal suficiente para la efectividad del resultado jurídico apetecido (STS 222/2006 (RJ 2006, 4420), entre otras), aunque cabe la organización de carácter transitorio, como señalaba la literalidad del precepto vigente con anterioridad a la LO 5/2010 (RCL 2010, 1658), siempre que se aprecien los elementos propios de la organización delictiva. Igualmente, ha precisado que la agravación no debe ser aplicada a todos los casos en los que concurren varias personas para la ejecución de un plan de cierta complejidad, insistiendo en que lo decisivo es, precisamente, la posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una "empresa criminal" (FJ 7).

⁴⁴⁰ CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal. Parte Especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010, p. 613 y ss.

organización o grupo terrorista o a la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo.

Sin embargo, la más relevante de las reformas que se ha producido en el Código Penal en materia de terrorismo no es otra que la operada por la LO 2/2015. Ha sido una de las más criticadas y de mayor cuestionamiento respecto a su constitucionalidad. Con ella se introducen una serie de conductas que podrían ser eventualmente incompatibles con un Derecho Penal Garantista.

Dicha reforma ha introducido y modificado una serie de tipos, como por ejemplo: la nueva redacción de los arts. 571 y 572 CP; la nueva concepción de los delitos de terrorismo (art. 573 CP); la eliminación de la cláusula abierta recogida en el antiguo art. 574 CP; la incorporación de los delitos de captación, adiestramiento, autoadoctrinamiento terrorista y traslado a territorio extranjero controlado por una organización o grupo terrorista (art. 575 CP); la nueva redacción del delito de colaboración con grupo u organización terrorista (art. 577 CP), entre otros.

En primer lugar, llama la atención la nueva consideración del delito de terrorismo. Ahora no se castigan (solo) los delitos de incendios o estragos, sino que el legislador ha optado por una redacción más amplia, configurando como ilícito cualquier delito considerado como “grave”, es decir, que esté penado con más de cinco años de privación de libertad. No obstante, no basta con la comisión de un delito grave, sino que además se deberá llevar a cabo esta conducta con una determinada finalidad, recogidas en el art. 573 CP:

“1) Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2) Alterar gravemente la paz pública.

3) Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4) Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”⁴⁴¹.

⁴⁴¹ Art. 573.1, del Código Penal Español.

En cuanto a las dos primeras se podría decir que se tratan de las “tradicionales” finalidades que el Código Penal venía estableciendo desde sus inicios. Sin embargo, las dos restantes son novedosas, incluidas en la nueva redacción por inspiración de la normativa europea.

El legislador esta vez ha confundido el medio con la finalidad. Aunque sea cierto que el terrorismo pretende con sus acciones causar una situación de pavor entre la población o en parte de ella, lo hacen para alcanzar una finalidad ulterior. En efecto, el terrorismo no busca causar el terror por el terror, sino que este se constituye como herramienta para presionar al gobierno a acceder a sus propuestas⁴⁴².

Sin embargo, la gran novedad de la reforma de 2015 fue el delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). Este delito, al cual la doctrina ha llegado a referirse de forma despectiva como “delito orwelliano” cabalga entre el pensamiento y la acción, poniendo en riesgo no solo ya principios garantistas, sino que incluso parece infringir Derechos Fundamentales de gran relevancia social y democrática⁴⁴³.

Y es que, aunque en la exposición de motivos de la LO 2/2015 se alegue como principal motivación para la puesta en marcha de esta norma la legislación europea, lo cierto es que ya España cumplía con lo propuesto en la DM de 2008 europea y la Resolución 2178 de Naciones Unidas aprobada el 24 de septiembre de 2014. De hecho, es precisamente en aquellas conductas donde reside la verdadera novedad de la reforma de 2015 y que se extralimita de lo que la legislación internacional requiere.

La inclusión de dicho delito, también conocido como delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP), ha sido, cuanto menos, polémica. Calificada por muchos autores como “delito orwelliano”, ha sido tachado de delito de sospecha⁴⁴⁴, delito de pensamiento, incluso, se han referido a él como una manifestación paradigmática del Derecho Penal del Enemigo. No obstante, no se analizará aquí esta conducta, ya que su estudio constituye el núcleo de este trabajo de investigación.

⁴⁴² Al mismo tiempo, el legislador ha cometido el error de incluir en la definición la misma palabra del concepto, es decir, que describe como delito de “terrorismo” aquellos delitos graves que causen “terror” en la población.

⁴⁴³ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 801 y ss.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, p. 800.

Aparte de estas novedades, no son muchas más las destacables de la reforma de 2015, sin dejar de mencionar a la tipificación de la colaboración con grupo u organización terrorista en su modalidad culposa, como así se ha hecho también con el delito de financiación del terrorismo (art. 576 CP).

De esta manera, se puede comprobar cómo se ha ido produciendo un deterioro en la calidad “democrática” de nuestro Ordenamiento Jurídico penal, dirigiéndose cada vez más hacia un Derecho Penal del Enemigo, al menos en el caso de las conductas relacionadas con el terrorismo.

Del presente capítulo se puede poner de manifiesto lo siguiente:

Aunque se trata de un fenómeno transnacional y que tiene su origen a principios del S. XIX, no se ha conseguido adoptar una normativa verdaderamente efectiva para contrarrestar la nueva modalidad de terrorismo. De hecho, tanto es así, que no se ha llegado a un acuerdo en cuanto a la definición de terrorismo, lo cual dificulta enormemente los trabajos de determinación de qué conductas se podrán considerar como terroristas.

En cuanto al ámbito regional, en la Unión Europea, se ha conseguido llegar a más acuerdos, teniendo un alto grado de éxito en cuanto a la tipificación de ciertas conductas en los Ordenamientos Jurídicos de cada Estado Miembro. Así, la Unión Europea combina una normativa de prevención y represión, además de coordinación entre los Estados, especialmente en el intercambio de información, para favorecer la lucha contra el fenómeno terrorista.

De hecho, es de parte de la UE de donde ha llegado la mayor parte de las reformas de los Códigos Penales estatales, favoreciendo especialmente una mayor armonía entre los sistemas penales nacionales en materia de terrorismo. Esto, sobre todo, ha permitido una mayor coordinación y eficacia a la hora de investigar o enjuiciar este tipo de conductas.

El fenómeno de la radicalización terrorista no es ajeno a esta regulación regional, destacando la Directiva de 2017, por la que se castiga tanto el adoctrinamiento activo

como el pasivo, eximiendo a aquel sujeto que no tenga por fin la comisión de un ulterior delito de terrorismo.

Sin embargo, se le podría reprochar a la UE la ausencia de un mecanismo de prevención, ya sea a través de protocolos o centros especializados en la desradicalización. Pues, en efecto, la sola constatación o concentración de todos sus esfuerzos en el mandato a los Estados Miembros no concuerda con el espíritu de reinserción y protección de los Derechos Humanos. Así, se debería demandar un mayor compromiso por parte de las instituciones europeas, ya que solo dicho mandato de armonización hace pensar que la propia UE no desea verdaderamente ocuparse de este fenómeno, trasladando la responsabilidad (y el poder) a los Estados Miembros. Así pues, para una estrategia más acorde con los valores y principios de la UE, esta debería abandonar el tono bélico contra el terrorismo, concentrando pues, estos esfuerzos en fomentar investigaciones en torno al origen y solución de la radicalización violenta del terrorismo, al mismo tiempo que dar cobertura a expertos en la materia para la elaboración de protocolos eficaces de obligado seguimiento por los Estados Miembros.

En cuanto al plano nacional, las distintas regulaciones se han visto transformadas por la modificación de la acción terrorista en nuestro territorio, primero y, seguidamente, a nivel internacional.

Aunque España se considera como un Estado de Derecho y una democracia plena, lo cierto es que en cuanto a la regulación para la prevención y represión del terrorismo el esquema de garantías siempre se ha visto vulnerado. Y es que, aunque al principio ya la regulación reservaba las penas más elevadas para los delitos de terrorismo, ahora se ha expandido esta “distopía” también al modo de la configuración de las conductas.

Ya desde la reforma de 2010 se aprecia una marcada tendencia hacia un Derecho Penal de Autor, fruto de una anticipación demasiado prematura de la punibilidad, tal y como se advierte en el delito de pertenencia a grupo u organización terrorista.

Sin embargo, la mayor de estas reformas ha sido, sin duda alguna, la reforma de 2015, en la que destaca la tipificación del delito de autoadoctrinamiento terrorista del art.

575.2 CP. En este caso en concreto se encarnan todos y cada uno de los rasgos que caracterizan al Derecho Penal del Enemigo.

CAPÍTULO III

EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA (ART. 575.2 CP)

I. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS DELITOS DE ADOCTRINAMIENTO Y RADICALIZACIÓN TERRORISTA

La creciente actividad terrorista a escala mundial ha llevado a la preocupación de instituciones internacionales y nacionales. A raíz de los atentados del 11S, pero con especial relevancia a partir de los atentados contra el noticiero Charlie Hebdo, han proliferado de manera exponencial el número de normas en materia terrorista⁴⁴⁵.

Y es que la amenaza sigilosa y casi imperceptible ha encontrado a los Estados de Derecho totalmente desprevenidos. La confusión se ha incrementado tras cada ataque perpetrado a manos de terroristas yihadistas, o bien de terroristas autónomos, que se ofrecen a ejecutar este tipo de agresiones.

El desarrollo de las actividades en redes⁴⁴⁶, abandonando el modelo típico de organización, hace aun más complicada su interceptación, seguimiento y prevención. Debido a la psicosis social que azota a los Estados de Derecho y a la permanente sensación de inseguridad y vulnerabilidad, los modelos normativos están tomando unos estándares diferentes, adoptando una línea sin precedentes.

Una de las razones que más desasosiego ocasiona en la comunidad internacional, no es otra que el nuevo (y rápido) método de radicalización de los que hacen alarde los nuevos grupos terroristas, especialmente los grupos de corte yihadistas⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ Desde 2006, diez son las resoluciones que la ONU ha adoptado la Asamblea General de las Naciones Unidas en materia de apoyo a los Estados parte. De igual forma ocurre con la Unión Europea, siendo la norma más reciente la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017. Asimismo sucede con España y sus última reforma del Código Penal. Para todo esto, me remito al Capítulo II en el que analizo dichas normas en profundidad.

⁴⁴⁶ SANSÓ-RUBERT, D., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, en *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n. 41, 2016, p. 184.

⁴⁴⁷ Concretamente, la Asamblea General de Naciones Unidas ha adoptado una serie de tratados internacionales en materia de lucha contraterroterrorista que funciona a modo de sistema. Más concretamente con el asunto que nos ocupa recientemente la ONU ha redactado una resolución en materia de prevención de la radicalización en los jóvenes, *vid* Capítulo II.

No es de extrañar pues, que tanto las organizaciones internacionales, ya sean universales o regionales, como las propias instituciones nacionales hayan llevado a cabo numerosas iniciativas y reformas de sus textos legales.

Un ejemplo de esto es el caso de España. La última reforma del Código Penal traída de la mano de las LO 1/2015 y 2/2015, que han modificado de tal manera el Título XXII que prácticamente se podría llegar a considerar como un nuevo Código Penal. El legislador ha modificado notablemente la estructura del texto punitivo con la reforma de preceptos legales ya existentes, la derogación de otros y la incorporación de algunos nuevos.

Es evidente que un atentado terrorista puede conllevar la lesión de varios bienes jurídicos, como bien se ha observado en los distintos ataques acontecidos en el territorio europeo las últimas décadas⁴⁴⁸, lo cual lleva a la preocupación de los Estados, ya que esto podría hacer tambalear “los pilares en los que se sustenta el Estado de Derecho y el marco de convivencia de las democracias del mundo entero”⁴⁴⁹. Así pues, las instituciones y autoridades están centrando sus esfuerzos en la prevención de dichos ataques, lo que no resulta nada fácil. Debido a la creciente amenaza y de acuerdo con los datos oficiales del Ministerio del Interior el número de operaciones contra el terrorismo yihadista y los detenidos a lo largo de 2017, están igualando las cifras con respecto a los datos del 2016, tal y como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

⁴⁴⁸ Con un total de 191 víctimas mortales, al menos 1.500 heridos y un gasto 211. 584.762€ se saldó el 11M, conocido como el ataque terrorista mas violento perpetrado en suelo europeo. *Vid.* BUESA, M. / VALIÑO, A. / HEIJS, J. / BAUMERT, T. / GONZÁLEZ GÓMEZ, J., “Evaluación del coste directo de los atentados terroristas del 11-M para la economía de la Comunidad de Madrid”, en *Instituto de Análisis Industrial y Financiero*, Madrid, 2005, p. 20.

⁴⁴⁹ Preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.



Fuente: Ministerio del Interior⁴⁵⁰

Los Estados democráticos se encuentran en una encrucijada: proteger a sus sociedades de aquellos que pretenden subvertir el orden público mediante actos indiscriminados con el fin de propagar el terror, por un lado; y asegurar un Estado de Derecho con la posibilidad de ejercer la completa práctica y goce de sus Derechos Fundamentales, garantías y libertades, por el otro.

El Derecho Penal de Garantías y, por lo tanto, el Estado de Derecho se encuentran en crisis⁴⁵¹. ¿Cómo combatir un nuevo modelo de amenaza que rompe con los esquemas precedentes y mantener la hoja de ruta del Derecho Penal Garantista? A los Estados les han cambiado el modelo cuando ya tenían una dinámica efectiva contra la amenaza⁴⁵².

Empero, los cambios de modelos de organización y estructurales, junto con la forma de comunicación y coordinación para la ejecución de nuevos ataques cada vez más imprevisibles, han obligado a los Estados y a las organizaciones internacionales a forzar

⁴⁵⁰ Para un mayor conocimiento de la lucha contra el yihadismo, consultar la sección oficial de “lucha contra el terrorismo”, en *Ministerio del Interior*, en (última visita: 7/09/2017): <http://www.interior.gob.es/es/prensa/balances-e-informes/lucha-antiterrorista-contra-eta-y-el-terrorismo-internacional-xii-legislatura-2016->

⁴⁵¹ FERRAJOLI, L., “Criminalidad y globalización...”, Op. Cit., p. 73.

⁴⁵² Tal y como el Preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo, manifiesta, aunque no se debe perder de vista los modelos antiguos en los que el fenómeno terrorista se desenvolvía y los mecanismos con los que se combatía, es necesaria “la actualización de la normativa para dar cabida al fenómeno del terrorismo individual y a las conductas que constituyen la principal preocupación de la comunidad internacional”. Vid., Preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

sus maquinarias legislativas, especialmente las penales, para buscar una opción eficaz y frenar así la amenaza.

Forzosamente esto ha conducido a una inevitable fricción entre los pilares básicos de la Teoría Jurídica del delito y los principios del Derecho Penal donde se cimienta el correcto y legítimo funcionamiento del Estado de Derecho.

En efecto, luchar contra un enemigo sigiloso y casi impredecible, del cual no se puede prever en qué momento o lugar podría cristalizar un nuevo atentado, requiere unas medidas más restrictivas y, por supuesto, anteriores al momento de la comisión del grave perjuicio para alcanzar así una posible prevención.

Ahora bien, de acuerdo con los principios generales del Derecho Penal, todo delito debe proteger un bien jurídico que tenga relevancia penal y que además su ataque suponga una cierta entidad⁴⁵³. Parece que en este caso no es tan sencillo identificar qué pretende proteger el legislador penal con la nueva reforma.

1. Delitos contra el orden público del Título XXII

Siguiendo el hilo del anterior apartado, los delitos de terrorismo se encuentran recogidos en el Título XXII, bajo la rúbrica “Delitos contra el Orden Público”. A su vez, los treinta y seis artículos que componen dicho título se encuentran divididos en seis Capítulos.

Cada uno de estos Capítulos trata un tipo de conducta en particular, las cuales son: delitos de sedición (Capítulo I); de atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia (Capítulo II); de desórdenes públicos (Capítulo III); una disposición común a los capítulos anteriores (Capítulo IV); delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas municiones o explosivos (Capítulo V); de organizaciones y grupos criminales (Capítulo VI); y, finalmente, delitos de organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo (Capítulo VII).

⁴⁵³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 131.

Como se puede apreciar, se trata de un conjunto de delitos muy heterogéneo⁴⁵⁴, al que casi podríamos llamar un cajón de sastre. Esto es posible dada la flexibilidad y adaptabilidad del concepto de orden público, el cual se caracteriza por su naturaleza cambiante conforme a las circunstancias de la sociedad.

Tal y como se ha indicado anteriormente, la concepción de orden público se entenderá de un modo distinto, atendiendo al momento, las circunstancias y el lugar en el que se esté desarrollando en ese preciso instante. Atendiendo a las palabras de VIRGA, “el orden público se dirige a tutelar bienes y principios que no son tomados en consideración de forma específica por una norma jurídica, pero que son esenciales para la sociedad de un determinado momento histórico”⁴⁵⁵. Lo que era entendido como orden público en el siglo XIX, no se corresponde de forma idéntica con el significado de la definición en nuestros días. Para acercarnos más al concepto de orden público, es necesario el análisis de qué tipos de delitos se han contenido bajo la rúbrica de “delitos contra el orden público” a lo largo de los distintos Códigos Penales.

El primer Código Penal que se redacta en España es el de 1822. La lucha entre el absolutismo que reinaba en el Antiguo Régimen y la Ilustración⁴⁵⁶ que emergía desde Francia, dio lugar a la necesaria redacción del Código.

Se trata de un Código de estructura sencilla y de carácter moderno⁴⁵⁷, ordenado en tres partes, en el que constan un título preliminar, un título sobre delitos públicos y por último, un título que regula los delitos privados.

Precisamente el Título III del Código es el que recogía los delitos contra el orden público. Bajo la rúbrica de “Delitos contra la seguridad interior del Estado, y contra la tranquilidad y el orden público” dicho título se compone de nueve capítulos. Todos estos

⁴⁵⁴ LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos cometidos contra el Orden Público: sedición, atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en ZÁRATE CONDE, A. (Coord.) / DÍAZ TORREJÓN, P. / GONZÁLEZ CAMPO, E. / MAÑAS DE ORDUÑA, A. / MORAL DE LA ROSA, J., *Derecho Penal. Parte especial: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2016, p. 952.

⁴⁵⁵ VIRGA, P., *La potesta di polizia*, Ed. Giuffré, Milano, 1954, p. 19.

⁴⁵⁶ ANTÓN ONECA, J., “Historia del Código Penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc/mes 2, pp. 263 y ss.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 277.

delitos, forman un grupo muy heterogéneo, partiendo de la sedición, pasando por la desobediencia a los funcionarios y autoridades, hasta “delitos de fabricación, venta, introducción y uso de armas prohibidas”⁴⁵⁸. En esencia, el legislador de la época entendía que al orden público afectaba revueltas populares, tumultos o motines, la desobediencia, agresión y el impedimento de realizar sus actividades a los funcionarios y autoridades públicos, además de las rebeliones en las cárceles, el robo de caudales públicos y la fabricación, venta y uso de armas prohibidas⁴⁵⁹.

Hay que tener en cuenta que, para lo que nosotros hoy en día se podría identificar como un comportamiento ordinario, en aquella época podría ser considerado como un ataque al orden público y a la paz social⁴⁶⁰.

En 1848 la situación cambia y se redacta un nuevo Código Penal. Este, tenía el objetivo último de defender el orden público mediante la tipificación de delitos que no estaban normalizados en el Antiguo Régimen, además de limitar el arbitrio judicial⁴⁶¹ tan habitual en aquel periodo histórico.

Se trata de un Código Penal que ha servido como referencia a los demás, solo que esta vez el organigrama del título se modifica. Aunque sigue localizándose en el Título III, este pasa a renombrarse como “Delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público”. Así, se pasa de nueve capítulos a un total de cuatro. En los mismos se incluyen los delitos de lesa majestad (Capítulo I), de rebelión y de sedición (Capítulo II), de atentados y desacatos contra la autoridad, y de otros desórdenes públicos (Capítulo III), y de asociaciones ilícitas (Capítulo IV).

Cada vez toma más la forma que posee el actual título de los delitos que atentan contra el orden público. De hecho, PACHECO, en su estudio y análisis pormenorizado

⁴⁵⁸ Código Penal de 1822, Capítulo IX.

⁴⁵⁹ Esta tipificación parece lógica si tenemos en cuenta el contexto histórico en el que se inserta y además la pretensión del Antiguo Régimen de ahogar y calmar las revueltas populares que tuvieron su origen en Francia.

⁴⁶⁰ Un ejemplo de esto lo encontramos en que se podía considerar un ataque contra el orden público cualquier ataque a la religión del Estado. *Vid.*, GARCÍA GARCÍA, R. “El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica”, en *Revista de Derecho y opinión*, n. 7, 1999, pp. 351 y 352.

⁴⁶¹ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc./mes 3, BOE, p. 485.

del Código Penal de 1848, afirma que habría sido incluso más correcto haber realizado una división del título. Según su propuesta, estarían los delitos que afectan a la verdadera seguridad interior del Estado, en el que se incluirían los delitos de lesa majestad, rebelión y sedición, por un lado; y los delitos que afectan genuinamente al orden público, que constriñen a los delitos de asociaciones secretas, de resistencia, de soltura de presos y otros desórdenes públicos, por otro⁴⁶².

La estructura que PACHECO proponía para el Código Penal de 1848 pronto fue adoptada. Esto tuvo como resultado el Código Penal de 1870. Se trata del primer texto hasta ese momento en el que se hace una separación entre los delitos contra la Constitución y los delitos contra el orden público. Así, será contrario al orden público del momento la rebelión, sedición, el alzamiento público y aquellas acciones que se caractericen por su abierta hostilidad al gobierno. Se consideraban delitos tan graves que, en el mayor grado de su pena, podría conllevar incluso la pena de muerte⁴⁶³.

Otra gran novedad con respecto al orden público traída de la mano del Código del 70 es la introducción en su elenco de “las faltas contra el orden público”. Todas y cada una de las conductas que se recogen bajo esta nueva rúbrica comparten el mismo rasgo: “turbaren levemente el orden público, usando de medios que racionalmente deban producir alarma o perturbación”⁴⁶⁴. Se basa pues, en un estadio previo a llegar a infringir o dañar el orden público como tal, que tiene como consecuencia la posible “alarma” o “peligro”. Parece intuirse en este inciso, la aparición de delitos de peligro abstracto y una cierta expansión del Derecho Penal fruto de la preocupación del legislador penal de la época por la protección del buen gobierno de la población.

Un nuevo contexto histórico es el que funciona como cuna para el Código de 1928. Con la dictadura de Primo de Rivera como acontecimiento histórico⁴⁶⁵, el nuevo texto

⁴⁶² PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, tomo II, 5ª edición, Ed. imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881, pp. 445 y ss.

⁴⁶³ ANTÓN ONECA, J., “El Código Penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 23, Fasc/Mes 2, p. 238.

⁴⁶⁴ Código Penal de 1870, art. 589, precepto 4º.

⁴⁶⁵ COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código Penal de 1928”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, n. 82, 2012, p. 562.

legal estaba totalmente influenciado por los Códigos precedentes⁴⁶⁶, aunque con una importante novedad: se suprime por primera vez en la historia de España la prisión perpetua⁴⁶⁷.

Los delitos concernientes a los que atentan contra el orden público en esencia se mantienen la estructura de los Códigos anteriores, dando especial importancia a las agresiones contra los funcionarios y a los agentes públicos, con el fin de proteger la integridad del régimen.

Con el fin de la dictadura de Primo de Rivera y la instauración de la II República, se redactará el Código Penal de 1932. La interpretación aquí de “orden público” sufre un gran cambio debido a la particularidad del momento histórico en el que se desenvolvía, aunque se vuelve a la estructura esencial del Código Penal de 1870. Y es que aparecen por primera vez los delitos contra la forma de gobierno⁴⁶⁸. Para la II República la psicosis de que la monarquía pudiese volver o los adeptos de estos se rebelasen forzó a que se tipificaran expresamente las revueltas en contra de la misma República. De hecho, uno de los delitos que se recogen en la tercera sección del capítulo I en el título II, es la de la “apología de la monarquía”. El propio hecho de “publicitar” o ensalzar la antigua monarquía podría dar lugar a disturbios que irían directamente a hacer tambalear los cimientos del nuevo sistema de gobierno.

Algo parecido ocurrió en el Régimen de Franco. El Código penal de 1944 se promulgó en los primeros años de la dictadura franquista. Se puede decir que el espíritu de dicho texto normativo se caracterizaba por un sentido duro en el ámbito retributivo, especialmente en los delitos que atentasen contra el orden público o contra la seguridad del Estado⁴⁶⁹, llegando incluso a valorar la seguridad exterior del Estado por encima de la vida humana. Se superponen así los intereses del Estado sobre los intereses y derechos de los individuos que conforman la sociedad. De hecho, es posible observar este rasgo con tan solo leer la rúbrica de los distintos capítulos del Título III, del libro II. En efecto,

⁴⁶⁶ Para mayor profundidad en la materia, *vid.* ANTÓN ONECA, J., “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal*, n. 25, 1972, pp. 30-60.

⁴⁶⁷ PASCUAL MATELLÁN, L., “La prisión permanente revisable...”, *Op. Cit.*, p. 55.

⁴⁶⁸ Código Penal de 1932, Tít. II, Cap. I, Sección 3ª.

⁴⁶⁹ CORRAL MARAVER, N., *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, pp. 156 y 162.

en su gran mayoría tienen en común la protección de instituciones, autoridades o agentes estatales de agresiones. Tanto es así, que se tipifica por primera vez las conductas de terrorismo como delitos contra el orden público⁴⁷⁰, siendo esta la principal diferencia con respecto a la estructura de los anteriores Códigos.

Con la caída de la dictadura y la instauración de la actual democracia, en 1995 se promulga el Código Penal contemporáneo. Se caracteriza por su naturaleza garantista, en contraposición al carácter opresor de la dictadura. El del 95 es un texto normativo equilibrado, el cual apuesta por la resocialización del sujeto mediante la combinación de un sistema vicarial de penas y medidas de seguridad preventivo y retributivo.

Sin embargo, a lo largo de los años el Código Penal de vigente en España ha sufrido numerosas reformas, modificando varios preceptos, dando una nueva forma, incluso, a su estructura, siendo los delitos del orden público un objetivo recurrente de estas.

Tal y como hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, el orden público no es un concepto inmutable, en palabras de IGLESIAS MACHADO, el orden público “está vinculado a las vicisitudes políticas y sociales de cada momento histórico y social con sus correspondientes valores culturales, morales y religiosos”⁴⁷¹. Así pues, ¿Qué se entiende actualmente por “orden público”?

Hay que destacar, que no existe una sola noción de este concepto jurídico, sino que son varias las ramas del derecho las que se han encargado de darle contenido de acuerdo a su influencia. Destacan tres ramas del Derecho que han estudiado en profundidad el contenido del concepto: constitucional, civil y penal.

⁴⁷⁰ MARTÍNEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro Derecho...”, Op. Cit., p. 29.

⁴⁷¹ IGLESIAS MACHADO, S., “La evolución del concepto de orden público y del sistema penal a través de las constituciones españolas hasta 1978”, en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, Ed. Dykinson 2011, p. 72.

1.1. El Orden Público como bien jurídico protegido

Como ya se ha apuntado anteriormente, el “orden público” es considerado en el Derecho español como un concepto jurídico indeterminado. Aún así, es frecuente comprobar cómo se recurre al mismo pese a no haber consenso entre la doctrina.

Esto se debe principalmente a su naturaleza voluble y circunstancial, es decir, lo que se entienda por orden público vendrá determinado por el tiempo, la sociedad y los acontecimientos en los que se inserte. Ahora bien, es necesario hacer referencia a dos tipos de “orden público” antes de entrar a estudiar su posible interpretación actual.

El concepto de “orden público” tiene dos vertientes: de un lado, una vertiente formal, y por el otro, un material. En referencia a la parte formal, el orden público se entiende como un concepto demasiado abstracto, es aquel conjunto de principios, valores y costumbres de los que se compone una sociedad en concreto bajo un sistema político en particular y con una cultura propia. Es decir, el orden público bajo esta concepción no será más que la esencia misma de la que se cimienta la misma sociedad.

Dice la STS de 31 de diciembre 1979 (TOL1.740.952; PONENTE: DE CASTRO GARCÍA) “El concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

No obstante, en el presente análisis no es este el concepto que nos interesa. La vertiente material de concepto es a la que el legislador y la jurisprudencia suelen recurrir en sus actividades, además de ser la que se corresponde como bien jurídico protegido. Es en este tipo de “orden público” donde las doctrinas (constitucional, administrativista y penal) se encuentran divididas, incapaces de llegar un consenso incluso los altos tribunales.

La primera y única alusión clara de la que se tiene constancia es durante la dictadura franquista. Para entender la gran problemática debemos observar su ámbito

histórico y social, más concretamente en la Ley de Orden Público⁴⁷². En aquel, se dio una definición clara y que hoy en día llama la atención por su gran amplitud:

“El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público”⁴⁷³.

Se pueden distinguir tres elementos esenciales en la definición precedente: el normal funcionamiento de las instituciones⁴⁷⁴, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales. Elementos que dotaban de gran amplitud de movimiento al poder estatal dando lugar a su uso arbitrario. De hecho, para la determinación de qué se entendía por orden público no solo se tendrían en cuenta criterios judiciales, sino que habría que sumarle un punto de vista moral conforme a las disposiciones del régimen⁴⁷⁵.

Con la llegada del Estado de Derecho y de la redacción de la Constitución se cambia la interpretación sobre orden público. Todos los esfuerzos se pusieron en limitar su amplitud en la mayor medida posible. Aunque han sido numerosos los estudios y análisis de la doctrina de las distintas ramas del Derecho, no se ha podido llegar a una definición más o menos concluyente. Ya recogió DE CASTRO múltiples opiniones de la dificultad de la definición de este concepto jurídico indeterminado, como por ejemplo

⁴⁷² No hay que olvidar que el empleo de este término fue exasperado, contando incluso con un tribunal propio, al que se le dio el nombre de Tribunal del Orden Público.

⁴⁷³ Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público, art. 1.

⁴⁷⁴ Cualquier régimen totalitario que se precie tiene por principal misión la protección de sus instituciones, la garantía de que su maquinaria continuará en funcionamiento, aunque eso signifique no garantizar los derechos de los ciudadanos. Es el interés del Estado el que se contrapone y se alza sobre el interés del individuo como valor supraindividual. La diferencia pues, entre este tipo de régimen político y el del modelo de Estado de Derecho, es que en el Estado de Derecho se pretende proteger la integridad del Estado para que se puedan llevar a cabo los Derechos Fundamentales. Es un doble límite de los derechos: por una parte, el Estado tiene que garantizar los derechos y libertades frente a un tercero, y al mismo tiempo, el Estado tiene que tomar este límite también en lo referente a él mismo, como fronteras a su parcela de poder y actividad.

⁴⁷⁵ El orden público entonces era equivalente a la “unidad espiritual, nacional, política y social del Estado espiritual”, incluyendo aquí la ideología del régimen, aspecto totalmente contrario e incompatible con el Estado de Derecho. *Vid. GARCÍA RIVAS, N., La rebelión militar en el Derecho Penal*, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, Villarobledo, 1989, p. 126.

“tratar de definir el orden público es aventurarse en arenas movedizas”⁴⁷⁶. Y es que la complejidad de la tarea radica en que se trata de un concepto esencialmente dinámico. El orden público pues, dependerá de la época, el territorio y el régimen político en el que se desarrolla. Muchos han sido los autores que han intentado darle contenido y con ello han aparecido varias corrientes. Sin embargo, ni siquiera la doctrina de los altos tribunales ha conseguido culminar tal hazaña.

La expresión de “orden público” tan solo aparece en dos ocasiones en la Constitución Española de 1978. Estas dos apariciones se concretan en los arts. 16 y 21, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a reunión, asociación y manifestación. Debido a esta relación ha sido un concepto ampliamente estudiado por la doctrina constitucional.

Podemos diferenciar cuatro corrientes interpretativas en el ámbito constitucional:

- a) La doctrina conciliadora. Se entiende por orden público aquellos principios morales que se encuentran en la Constitución y en el resto de normas del Ordenamiento Jurídico⁴⁷⁷.
- b) La doctrina francesa. Aboga por un concepto dinámico que combine un concepto de orden público más o menos acotado, pero que los jueces deberán aplicar con su interpretación de acuerdo con el caso concreto⁴⁷⁸.
- c) La doctrina metajurídica. Se identifica con el “El Orden Público encuentra su marco en aquel conjunto de reglas no escritas que ese mantiene en consonancia con las premisas éticas y morales de la

⁴⁷⁶ DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: la defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1982, vol. IV, p. 1022.

⁴⁷⁷ MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2010-II, p. 218.

⁴⁷⁸ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 135.

sociedad en tiempo real, beneficiando una convivencia saludable en términos generales”⁴⁷⁹.

- d) La corriente doctrinal jurídica sobre el fundamento del orden público. Los adeptos a esta concepción defienden que el concepto de orden público lo constituyen los principios y valores propios de una sociedad y que debe venir definido por la misma constitución, aceptando que su positivación es sencillamente imposible⁴⁸⁰. De esta manera afirman que en el caso en el que la sociedad se desarrolle la definición de este concepto jurídico indeterminado será parejo al mismo, adaptándose gracias a su flexibilidad.

Ahora bien, si la expresión de “orden público” se manifiesta en dos ocasiones en la Constitución y es referida al ejercicio de ciertos derechos, será entonces lógico que su concepto tenga que venir colmado conforme a la interpretación de la Constitución y las normas que derivan de la misma, para así dar un concepto unitario⁴⁸¹. Así pues, lo más acertado parece ser la corriente doctrinal jurídica sobre el fundamento del orden público⁴⁸². Y es así como concluye la doctrina. La definición de orden público exclusivamente deberá definirse con referencia a los derechos, ya que la Prima Lex le otorga la función de *límite* de los mismos⁴⁸³.

Esto puede verse en los diversos intentos que ha tenido la doctrina española en dar una definición de orden público. La doctrina española tiene como punto común incluir en todas sus aproximaciones al concepto en cuestión el componente “leyes”.

En conclusión, es necesario exigir un mínimo nivel de que existe una convivencia social armónica producido por el buen cumplimiento de las normas para que se pueda hablar de orden público.

⁴⁷⁹ MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público...”, Op. Cit., p. 218.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p. 220.

⁴⁸¹ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El orden público como límite al ...”, Op. Cit., p. 45.

⁴⁸² MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público...”, Op. Cit., p. 220.

⁴⁸³ DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., “El orden público como límite al ...”, Op. Cit., p. 43.

En definitiva, la doctrina entiende que el mínimo común de todos los derechos es el cumplimiento de la ley, al menos.

En el orden administrativista el sentido que toma el concepto de orden público tiene más relación con la justificación de ciertas acciones de la Administración Pública y, además, con el concepto de *policía y seguridad*. La Administración Pública es la única en poseer el monopolio de la fuerza en el Estado de Derecho. A su vez el poder de policía, nombre que se le da a dicho monopolio, está conectado directamente con el concepto de orden público.

Al inicio, el Estado de Derecho se caracterizaba por ser un Estado abstencionista, es decir, sin intervenir frecuentemente en la vida social. La única finalidad del mismo era procurar la “tranquilidad de la calle”, por lo que la policía administrativa era simplemente una “policía de seguridad”⁴⁸⁴. Sin embargo, conforme la Administración estatal fue tomando protagonismo en más aspectos sociales esta pasó a ser llamada simplemente como “policía general” y se crearon, al mismo tiempo, una serie de “policías especiales”⁴⁸⁵. El orden público poco a poco y de forma progresiva fue ampliando su alcance.

Es también en el Derecho Administrativo un concepto jurídico indeterminado. Este aspecto otorga un carácter peligroso al Estado en cuestión, ya que al ser el único poseedor del poder de policía y al limitarse este al mantenimiento del orden público, existe el riesgo de que se le dote de cierta arbitrariedad ⁴⁸⁶. GARCÍA DE ENTERRÍA advierte este aspecto, afirmando que “no puede ser una facultad discrecional de la Administración determinar a su arbitrio si existe o no perturbación del orden público”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ GARRIDO FALLA, F., “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de administración pública*, n. 28, 1959, p. 13.

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ Como argumenta MONTALVO ALBIOL, no es posible que aparejo a esta arbitrariedad no existiera un procedimiento jurisdiccional que fuera capaz de controlar su aplicación, ya que el orden público perdería su esencia a no limitar el poder estatal en perjuicio de las garantías y el ejercicio de los derechos. *Vid.* MONTALVO ALBIOL, J.C., “Concepto de orden público...”, *Op. Cit.*, p. 209.

⁴⁸⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de administración pública*, n. 38, 1962, p. 186.

A diferencia de la concepción constitucional, en la cual el orden público se dibuja como un límite a los derechos de las personas, en el Derecho Administrativo en cambio se configura además como un límite contra la discrecionalidad de la Administración Pública⁴⁸⁸. Para amortiguar lo máximo posible este aspecto es necesario referirse a un concepto de orden público más concreto y acotada a un concepto material referido a la tranquilidad y seguridad públicas.

Ahora bien, de acuerdo con la Ley de Orden Público de 1933, además de un elemento social referido al ejercicio de los derechos, se incluye un elemento institucional, esto es, «el normal funcionamiento de las instituciones del Estado»⁴⁸⁹.

Este concepto llevaba intrínseco el sentido que se le dio durante el periodo franquista, por lo que inclusive la Constitución evitaba el uso del término. A pesar de esto, no sería hasta 1992 cuando se produciría un cambio significativo con la LO 1/1992, de 21 de febrero. Con esta, se abandona el término “orden público” para sustituirlo por seguridad ciudadana⁴⁹⁰.

Se ha podido comprobar también recientemente con la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de 2015. El legislador ha querido dejar patente este aspecto, y en el preámbulo de esta ley afirma que “la seguridad ciudadana es la garantía de que los derechos y libertades reconocidos y amparados por las constituciones democráticas puedan ser ejercidos libremente por la ciudadanía y no meras declaraciones formales carentes de eficacia jurídica”⁴⁹¹.

⁴⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA expresa en el mismo orden que el poder de policía está obviamente sujeto al ordenamiento jurídico y constitucional existente, entrando incluso los Tribunales a determinar la proporcionalidad de los actos de la Administración. *Vid.*, GARCÍA DE ENTERRÍA, “La lucha contra las inmunidades...”, *Op. Cit.*, p. 188.

⁴⁸⁹ Artículo 1.º de la Ley de Orden público de 28 de julio de 1933.

En este sector del ordenamiento, es decir, conforme a la doctrina del Derecho Administrativo, el concepto de orden pública se asocia con el orden y la paz públicas, elementos imprescindibles para una convivencia social. *Vid.* GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. / FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Ed. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2, Jaén, 1995, p. 903.

⁴⁹⁰ Esta definición se recoge en el artículo 1 de la citada LO, si bien en ningún caso hace referencia alguna a la expresión “orden público”, limitándose a mencionar como misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los artículos 149.1.29 y 104 de la CE, si bien este Estado IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 58, abril-junio 1988, p. 1.

⁴⁹¹ Preámbulo de la LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Sin embargo, la equiparación de estos dos conceptos no está tan claro para la doctrina. Por una parte, para la mayoría de la doctrina, y como ha recogido IZU BELLOSO, no existe diferencia entre los conceptos de orden público y seguridad ciudadana, aunque se conciba a la seguridad ciudadana o pública más específica que el orden público⁴⁹².

Por otra parte, para autores como LÓPEZ-NIETO, en sentido amplio el concepto de orden público se podría llegar a interpretar del mismo modo que el concepto de orden jurídico, es cierto que es posible diferenciar entre orden público, entendido como la protección del libre ejercicio de los Derechos Fundamentales; y seguridad ciudadana, interpretada como “la protección de bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidad públicas”⁴⁹³.

Antes de continuar con el análisis comparativo de los conceptos de “orden público” y “seguridad ciudadana” es conveniente entrar a exponer la opinión de la doctrina penal en cuanto a la interpretación del primer término.

Igualmente que en las anteriores doctrinas expuestas, en la doctrina penal existe cierta dificultad para darle un contenido al concepto de orden público. Ante la gran disyuntiva que presenta el desafío de la definición de dicho concepto, MUÑOZ CONDE diferencia entre dos tipos de interpretaciones: una amplia y otra restringida. En cuanto al concepto amplio de orden público la doctrina ha expresado que se podría encuadrar cualquier tipo de conducta, tanto aquellas que son típicas como las que no⁴⁹⁴, lo que encajaría perfectamente con la interpretación que se le daba en el régimen franquista. Es por la propia esencia del Derecho Penal y por el respeto a sus principios que se debe adoptar un concepto restringido si se va a sostener el orden público como bien jurídico, el cual viene a entenderse como “la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana”⁴⁹⁵.

⁴⁹² IZU BELLOSO, J. M., “Los Conceptos de Orden Público y seguridad ciudadana...”, Op. Cit., p. 19.

⁴⁹³ LORENZO-NIETO Y MALLO, F., *Seguridad ciudadana y orden público*, Ed. El consultor de los ayuntamientos, Madrid, 1992, p. 19.

⁴⁹⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 805.

⁴⁹⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 756.

En el mismo sentido, SAINZ MORENO lo identifica con las “reglas mínimas de convivencia”⁴⁹⁶, al igual que GARCÍA RIVAS lo expresa como la “tranquilidad de la calle”⁴⁹⁷. OCTAVIO DE TOLEDO también se suma a la doctrina anterior y da su propia interpretación del concepto sin apartarse de esta corriente: el orden público es el “orden material de la vida pública”⁴⁹⁸.

De estas definiciones se puede extraer un elemento común: el orden público es aquel presupuesto para una convivencia social armoniosa y pacífica. De igual modo que lo explica la doctrina constitucional, el orden público es la base necesaria e imprescindible para el desarrollo de los derechos y libertades que forman parte de la cotidianidad de la vida en comunidad y del desarrollo personal, el cual tiene que venir proporcionado por el Estado de Derecho. Se construye como una función del Estado que actúa de forma simbiótica: se erige como “soporte mismo del funcionamiento de la organización política”⁴⁹⁹ y como garantía de que los ciudadanos podrán ejercer sus derechos sin ningún tipo de intromisión injustificada y arbitraria.

Desde la doctrina por tanto se suele equiparar el orden público con la paz pública o tranquilidad en la calle, en un alarde de restringir el concepto y acotarlo. Sin embargo, y en mi opinión, considero que no es más que una contradicción⁵⁰⁰. Debo por esto coincidir con la opinión sostenida por CANCIO MELIÁ en cuanto a la consideración de que el intento de asimilar orden público con tranquilidad significa “una duplicación del cometido global del Ordenamiento Jurídico (-penal) de control social, implicando, por lo tanto, una definición aparente, incorrecta del bien jurídico”⁵⁰¹, un espejismo que se protege como un bien jurídico para ser coartada del uso de la arbitrariedad y la apertura a un control desmedido de la población.

⁴⁹⁶ SAINZ MORENO, F., “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977, p. 603.

⁴⁹⁷ GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar...*, Op. Cit., p. 130.

⁴⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del título II del Código Penal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 1, 1977, p. 115.

⁴⁹⁹ MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público...”, Op. Cit., p. 206.

⁵⁰⁰ Ya lo ha expresado ROIG TORRES: si aceptamos un concepto restrictivo de “orden público” es evidente que hay que desechar la idea de que sea un sinónimo de paz pública. *Vid.* ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 41 y ss.

⁵⁰¹ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización...”, Op. Cit., p. 267.

Para evitar esta consecuencia, un importante sector de la doctrina aboga por un concepto de orden público más próximo a las concepciones constitucionales, en referencia siempre a la constitución y a los Derechos Fundamentales. No resulta descabellada esta concepción si recordamos que el Derecho Penal tiene el principal objetivo de proteger bienes jurídicos que le resulta de interés su tutela, y que a su vez están íntimamente relacionados con los Derechos Fundamentales⁵⁰².

Soy de esta misma opinión, a la que se suma JERICÓ OJER, valorando que en Derecho Penal el orden público como bien jurídico protegido debe ser entendido como una concepción que se “aproxime a la protección de los Derechos Fundamentales, la dignidad humana y los valores superiores del Ordenamiento Jurídico”⁵⁰³.

El orden público es un presupuesto, aquel elemento que no puede faltar en cualquier sociedad de un Estado de Derecho que se precie para que se pueda llevar a cabo una convivencia. De hecho, así lo entiende FARALDO CABANA cuando define al orden público como “el libre ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución, lo que implica un estado de normalidad, es decir, de vigencia efectiva del sistema normativo”⁵⁰⁴.

Si el Derecho Penal está dirigido a la protección de los bienes jurídicos, y estos bienes protegen aquellos intereses más indispensables para que se pueda seguir hablando de un Estado de Derecho, por lo tanto, lo más lógico será aceptar esta última vertiente. El Derecho Penal solo podrá concebir por ende el orden público como aquel ambiente idóneo para desarrollar los derechos y libertades, y no cualquier afección a la llamada “tranquilidad de la calle”. Para apoyar esta tesis merece destacar el rechazo que ha manifestado ya nuestro Tribunal Constitucional a la que se conoce en la doctrina contencioso-administrativa de Alemania como “cláusula de la comunidad”⁵⁰⁵. Consecuentemente y de acuerdo con el planteamiento aquí formulado sería conveniente

⁵⁰² No por nada al Código Penal se le suele dar el sobrenombre de “la constitución en negativo”, ya que mientras la constitución reconoce los derechos (el derecho a la vida, por ejemplo), el Código se ocupa de protegerlos de conductas desaprobadas por el propio sistema penal (no está permitido matar-homicidio).

⁵⁰³ JERICÓ OJER, L., *El conflicto de la conciencia ante el Derecho Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007, p. 322.

⁵⁰⁴ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas ...*, Op. Cit., p. 208.

⁵⁰⁵ Este recurso permite que se limiten ciertos aspectos del ejercicio de los Derechos Fundamentales para así proteger aquellos bienes jurídicos que el Estado considera necesarios para la supervivencia de la comunidad. Vid. ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 14.

entonces adoptar como concepto de orden público aquella situación o condiciones que permitiesen el correcto ejercicio de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas.

Se contrapone a todo este planteamiento la postura que ha acogido el legislador. Debemos remitirnos al Título XXII para deducir qué tipo de concepción de orden público es con el que trabaja el legislador penal español. Al prestar atención al elenco de conductas tipificadas llama la atención el grupo de delitos tan heterogéneos que se recogen. En su intento de mantener la tradición histórico-jurídica⁵⁰⁶, se ha creado lo que puede ser considerado como un “cajón de sastre”. En este elenco se han ido sumando, año tras año y reforma tras reforma una serie de conductas que bien poco tienen relación con las demás. Es por esto por lo que se deduce que el concepto de orden público que baraja el legislador es un concepto amplio, ya que es el único modo de poner bajo una misma rúbrica a un grupo tan diferente de conductas.

La consecuencia inmediata de un concepto tan genérico no es otro que el deterioro de sus contornos y, por ende, el de los límites al poder público. El orden público en una concepción amplia como bien jurídico constituye una amenaza con los propios pilares de la democracia, concretamente contra los límites a la arbitrariedad del poder estatal. Si concebimos el orden público como el libre ejercicio de los derechos, el buen funcionamiento de las instituciones estatales o la tranquilidad en la calle, se podría subsumir en el mismo concepto cualquier acción. Sería un bien jurídico omnipresente en cualquier conducta delictiva que formase parte del elenco del Código. Me identifico pues, con la opinión de MOCCIA⁵⁰⁷ y FARALDO CABANA⁵⁰⁸, por la que se propone que el orden público no sea concebido como bien jurídico, sino que sea aquel presupuesto que hace posible el desarrollo de los derechos, pero que por su incapacidad de determinar el mismo objeto que se debe proteger no resulta convincente para que sea un interés tutelable por el Derecho Penal. En efecto, su difícil determinación pone en entredicho las garantías

⁵⁰⁶ Coincido con LORENTE VELASCO en que la actual disposición del título XXII y el uso del orden público en el mismo responde en realidad “únicamente como criterio sistemático”, que tiene como consecuencia un concepto “difuso” y poco encuadraba en el Derecho Penal. Vid. LORENTE VELASCO, S. M, *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 41.

⁵⁰⁷ MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n. 5, julio 2000, p. 15.

⁵⁰⁸ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas...* Op. Cit., p. 213.

de los Derechos Fundamentales. Como bien expresa SOLAZ SOLAZ⁵⁰⁹, el uso de expresiones como “alterar el orden público” o “perturbar el orden publico” es un recurso que a la hora de la tipificación resulta incompatible con el mandato de determinación de los tipos penales⁵¹⁰. Y es así como lo asume el legislador penal, tal y como se ha expuesto anteriormente.

No obstante, el concepto de orden público es tan amplio y ambiguo que en ocasiones se puede confundir con otros conceptos, como son seguridad pública, seguridad ciudadana y paz pública.

2. Conceptos afines

Debido a la peyorativa connotación que adquirió el concepto de orden público durante el sistema totalitario franquista, se ha ido disminuyendo el uso del mismo concepto. Esto, sin embargo, no quiere decir que haya caído en desuso su contenido. Lo cierto es que el concepto de orden público ha sido sustituido por el de seguridad, ya sea ciudadana o pública, y en ocasiones incluso se ha equiparado al concepto de “paz pública”. Es esto lo que hace particularmente complicado vislumbrar los permeables límites entre estos conceptos.

Si recordamos la opinión de la doctrina sobre orden público se opta por un concepto restrictivo de orden público, pero acercándonos a la postura que aporta ROIG TORRES⁵¹¹ si se opta por una concepción restrictiva de orden público no es posible aceptar como equivalentes paz pública y orden público. Otra prueba de la misma conclusión es posible sacarla del uso que el legislador hace de los conceptos en el art. 557, en el que se realiza una distinción clara:

⁵⁰⁹ SOLAZ SOLAZ, E., “Los delitos contra el orden público en la reforma del Código Penal”, en *La Ley penal*, n. 114, mayo-junio 2015, p. 6.

⁵¹⁰ La gran ambigüedad que dota a este concepto como bien jurídico tutelable provoca una falta de seguridad jurídica a su vez, ya que no se puede tener claro qué podría constituir una conducta lesiva del bien jurídico si este no viene determinado claramente.

⁵¹¹ ROIG TORRES, M, *El delito de ...*, Op. Cit., p. 43 y ss.

“(...) los que actuando en grupo, y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden público causando lesiones (...)”

El legislador diferencia a estos dos conceptos, por lo que se puede concluir que no entiende que sean sinónimos, teoría que asumen LÓPEZ GARRIDO Y GARCÍA ARÁN, MUERZA ESPARZA, CARBONEL MATEU y LORENTE VELASCO⁵¹². Esto no quiere decir que no exista algún tipo de conexión entre los conceptos⁵¹³. De hecho, para que exista orden público es necesario que previamente se construya un ambiente de paz, el cual de ser el ecosistema esencial del desarrollo de los derechos.

Más complicado parece en cambio la distinción entre seguridad pública, seguridad nacional y orden público. Comencemos entonces por los orígenes del término “seguridad” y su uso particular en el Derecho. La seguridad está íntimamente relacionada con el Estado de Derecho. Constituye, sin ir más lejos, la razón por la que nace el mismo. Atendiendo a la teoría del origen del Estado desarrollada durante la Ilustración, aunque los individuos gozaban de la igualdad y libertad que les brindaba el estado de naturaleza no podían confiar en tener una serie de derechos. En efecto, no tenían *seguridad* de que pudiesen continuar disfrutando de sus propiedades o derechos. Es así, como deciden sacrificar parte de su libertad e igualdad y conformar el Estado⁵¹⁴. Es el Estado el único capaz de proporcionar seguridad a través de la elaboración de leyes y la creación de todo un sistema que garantice su cumplimiento y salvaguardia⁵¹⁵.

⁵¹² LOPEZ GARRIDO, D / GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pp. 200 y ss; MUERZA ESPARZA, J.J., “La alteración de la paz pública en el delito de desórdenes públicos, ¿un nuevo significado?”, en *Poder Judicial*, n. 9, 1998, p. 103 y ss; CARBONEL MATEU, J. C., / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 853 / LORENTE VELASCO, S. M, Delitos de atentado contra ..., Op. Cit., p. 36.

⁵¹³ MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público...”, Op. Cit., p. 215.

⁵¹⁴ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, Ed. Marcial Pons, 14ª Edición, Madrid, 2014, p. 442.

⁵¹⁵ Así lo afirman los estudiosos de la materia y los principales referentes jurídicos.

LOCKE, HOBBS, MONTESQUIEU y ROUSSEAU hacen referencia a la seguridad al momento de hablar de la formación del Estado y, por ende, a la garantía de protección de los derechos y libertades de los individuos de la sociedad.

LOCKE entendía que la seguridad particular era la previsión de la propia preservación, finalidad última del Estado; HOBBS y MONTESQUIEU afirmaban que para una convivencia armoniosa era básico la tranquilidad, la seguridad de saber que se es dueño de sus propiedades; mientras que ROUSSEAU aunque lamentaba que el hombre con el contrato social perdía su libertad natural, celebraba que ganaba a cambio la libertad civil y la propiedad de todo lo que posee.

Nace por lo tanto una obligación del Estado para con los individuos y, al mismo tiempo, un derecho de “seguridad personal”. Se establece de este modo una relación simbiótica entre Estado y persona cuyo principal vínculo reside en la seguridad.

La seguridad es el germen del Estado, y al mismo tiempo, la garantía constitucional de los derechos. En palabras de PÉREZ ROYO “no es posible obtener el concepto de garantía constitucional si no existe un derecho a la seguridad”⁵¹⁶, convirtiéndose este en el punto de conexión entre el orden público y la seguridad: el ambiente propicio para el ejercicio de los derechos. No es de extrañar, por tanto, teniendo esta tesis en cuenta y la connotación que ya arrastraba el término, que seguridad ciudadana o pública lo haya sustituido. Prueba de ello es el cambio en la nomenclatura de la Ley Orgánica de Orden Público, por la de Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana. No es que se refiera el legislador a la misma entidad, sino que ha decidido renovar el concepto por algo más concreto y libre de connotaciones que recuerdan al anterior sistema político. Pero ¿estamos entonces ante términos sinónimos?

La seguridad ha adquirido en las últimas décadas una importancia sin precedentes. Así lo demuestra el barómetro del CIS de julio de 2017⁵¹⁷ barómetro del CIS, en el cual la inseguridad ciudadana se ha conseguido mantener en el top 10 de las mayores preocupaciones entre la sociedad española⁵¹⁸.

Y es que, aunque nos encontremos en una de las épocas históricas más seguras⁵¹⁹, se han incrementado los sentimientos de miedo al delito y de preocupación por el delito. En otras palabras, los ciudadanos ahora tienen un sentimiento de inquietud ante el delito como problema social, y además temen poder ser víctimas de alguno⁵²⁰.

⁵¹⁶ PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho...*, Op. Cit., p. 441.

⁵¹⁷ Barómetro del CIS de julio de 2017, estudio n. 3183, julio 2017, p. 3 y ss, en: http://datos.cis.es/pdf/Es3183mar_A.pdf

⁵¹⁸ Vid. “Percepción de los principales problemas de España”, en CIS, en (última visita: 09/11/2017): http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html

⁵¹⁹ En 2016 el Ministerio del Interior hizo público que por primera vez España registraba menos de 300 homicidios al año. Vid. “Estadísticas de criminalidad”, en *Ministerio del Interior*, en (última visita: 09/11/2017): <http://www.interior.gob.es/documents/10180/6865255/Presentacion+ministro+Balance+de+Criminalidad+2016.pdf>

⁵²⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012, p. 470.

Pero, si esta percepción de inseguridad no se corresponde con la real inseguridad que acecha a la sociedad cada día, ¿de dónde nace? Un número importante de autores, si no es la gran mayoría, han apuntado a varios orígenes, ya que al ser un sentimiento responderá a las circunstancias de cada persona. No obstante, el principal responsable al que achaca tal consecuencia es a los medios de comunicación actuales⁵²¹. Cada vez más, casos como Marta del Castillo, los niños de Córdoba o Sandra Palo han obtenido más relevancia y sensacionalidad pública⁵²². El morbo de dichos casos ha sido usado por los medios de comunicación actuales como fuentes inagotables de altas cotas de audiencia⁵²³, dando una imagen de una sociedad sin seguridad y una situación de la calle dantesca. La reacción es unánime en la sociedad, la cual, atemorizada por esa (ínfima) posibilidad de ser víctima de un delito, protesta y exige al Estado medidas más duras para frenarlo⁵²⁴. A este fenómeno ya lo han bautizado FRANCISCO BLANCO junto con CABRERA GALEANO como “Derecho Penal populista”⁵²⁵.

Esto enlaza directamente con una de las vertientes del concepto de seguridad ciudadana. La seguridad ciudadana viene regulada en el art. 104.1 CE en referencia a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pues, según indica el precepto, es misión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado proteger el libre ejercicio de los Derechos Fundamentales y garantizar la seguridad ciudadana⁵²⁶.

⁵²¹ De acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC, el recurso del miedo de la población ha sido usado como excusa de la promulgación de ciertas reformas penal que, por su contenido, atentan con garantías y derechos, e incluso con los mismísimos pilares del Estado de Derecho y su mecánica. *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 65 / *Vid.*, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana...”, *Op. Cit.*, p. 476.

⁵²² BALBUENA PÉREZ, D. E., “Sistema de penas y medidas de seguridad tras las últimas reformas penales en España. Algunas consideraciones a propósito del debate parlamentario sobre la prisión perpetua revisable”, en *Fòrum de Recerca*, n. 16, p. 39.

⁵²³ PASCUAL MATELLÁN, L., “La prisión permanente revisable...”, *Op. Cit.*, p. 60.

⁵²⁴ De acuerdo con GONZÁLEZ CUSSAC, el recurso del miedo de la población ha sido usado como excusa de la promulgación de ciertas reformas penal que, por su contenido, atentan contra las garantías y derechos, e incluso con los mismísimos pilares del Estado de Derecho y su mecánica. *Vid.* GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El Derecho Penal frente al terrorismo...”, *Op. Cit.*, p. 65 / *Vid.*, VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana...”, *Op. Cit.*, p. 476.

⁵²⁵ FRANCISCO BLANCO, D., / CABRERA GALEANO, M., “La prisión permanente revisable: algunas notas”, en *E-prints Complutense*, Madrid, 2015, p. 2, en: <https://eprints.ucm.es/34696/>

⁵²⁶ Constitución Española de 1978, art. 104.1.

En cuanto al contenido la mayor parte de la doctrina destaca que se compone de una vertiente subjetiva y otra objetiva. De acuerdo con la primera vertiente, la seguridad ciudadana viene a ser un estado, es decir, aquel estado de los ciudadanos que les permite ejercitar los derechos y libertades constitucionales de forma libre y responsable⁵²⁷.

En el mismo sentido se pronuncia FARALDO CABANA, la cual entiende que la vertiente subjetiva de la seguridad ciudadana es el sentimiento de inseguridad que siente una persona, cuya percepción de la “inseguridad” no tiene por qué coincidir con la efectiva seguridad real⁵²⁸. En otras palabras, la vertiente subjetiva es aquella sensación o sentimiento de inseguridad a la que hemos hecho referencia anteriormente.

Por otro lado, la vertiente objetiva es aquella situación real de seguridad en la calle, la “situación real que propicia las condiciones necesarias de tranquilidad y estabilidad para el ejercicio de los derechos de la persona”⁵²⁹.

En definitiva, la seguridad ciudadana es “la protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones o situaciones de peligro o calamidades públicas”⁵³⁰, la cual está vinculada al Estado.

La vinculación con el Estado también la destaca RIDAURA RODRIGUEZ, que define la seguridad ciudadana como “aquellas medidas de actuación policial, tanto de prevención como de reparación, con el fin de garantizar el desarrollo libre de la convivencia y del ejercicio de los Derechos Fundamentales”⁵³¹.

Igualmente lo hace FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, refiriéndose a la seguridad ciudadana como “la tranquilidad de las personas y ausencia de perturbaciones en el desarrollo normal y vital de su quehacer diario, cuya protección y planificación corres-

⁵²⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, pp. 19 y 20.

⁵²⁸ FARALDO CABANA, *Asociaciones ilícitas...*, *Op. Cit.*, pp. 215 y ss.

⁵²⁹ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad ciudadana...*, *Op. Cit.*, p. 20.

⁵³⁰ LORENZO-NIETO Y MALLO, F., *Seguridad ...*, *Op. Cit.*, p. 19.

⁵³¹ RIDAURA RODRÍGUEZ, M.J., “Seguridad ciudadana como función del Estado”, en *Estudios de Deusto*, vol. 2, n.2, 2014, p. 337. Disponible en (última visita: 3/12/2019): <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/259/415>

ponde a las Autoridades, de tal forma que se haga realidad el derecho subjetivo de la seguridad el Derecho del Estado al libre ejercicio de los derechos y libertades”⁵³².

Y esto es así porque la seguridad es una función del Estado a distintos niveles en su estructura, una función pues de los poderes públicos del mismo al tener el monopolio de la violencia⁵³³.

Por otra parte, se encuentra la seguridad pública. Este concepto es a veces confundido con el de seguridad ciudadana, aunque lo cierto es que nos encontramos ante un concepto más abstracto. No es sencillo no caer en la confusión ya que incluso el mismo Tribunal Constitucional en su sentencia 325/1994, de 12 de diciembre (TOL82.729; PONENTE: RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE) equiparaba los términos de seguridad ciudadana con seguridad pública, seguridad ciudadana y orden público: “ (...) la seguridad pública (art. 149.1.29 CE) también llamada ciudadana, como equivalente a la tranquilidad en la calle. En definitiva, tal seguridad se bautizó ya en el pasado siglo con la rúbrica del "orden público", que era concebido como la situación de normalidad en que se mantiene y vive un Estado, cuando se desarrollan las diversas actividades colectivas sin que se produzcan perturbaciones o conflictos”.

Sin embargo, y de acuerdo con la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y con la opinión de la mayoría de la doctrina la seguridad pública es un concepto más amplio, que incluso viene a integrar la seguridad ciudadana.

La STC 25/2004 (TOL500.528; PONENTE: ELISA PÉREZ VERA) diferencia entre seguridad ciudadana y pública, entendiendo por seguridad pública “la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano” (FJ 6). Mientras que “seguridad ciudadana”, realizando una interpretación de la misma Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana el Tribunal determina que será “materias concretas susceptibles de originar riesgos ciertos que pueden afectar de modo

⁵³² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “Orden público y seguridad ciudadana. Modificaciones normativas”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015, p. 300.

⁵³³ De acuerdo con FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ es deber del Estado aplicar medidas de prevención, protección, garantía y reparación en el momento en que la situación no permita ejercer los derechos y libertades de los ciudadanos, dificultando la vida en comunidad. *Vid.* FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “Orden público...”, *Op. Cit.*, p. 302 y ss.

directo y grave a la seguridad de personas y bienes, tomando en consideración, especialmente, «fenómenos colectivos que implican la aparición de amenazas, coacciones o acciones violentas, con graves repercusiones en el funcionamiento de los servicios públicos y en la vida ciudadana» (FJ 6). El Tribunal Constitucional entonces indica que la seguridad pública no solo es un concepto mucho más abstracto que el de seguridad ciudadana, sino que los componentes de aquella son la seguridad ciudadana por un lado⁵³⁴, y el orden público por otro⁵³⁵.

A esta ecuación también se adhiere JIMÉNEZ DÍAZ. Este autor considera que el concepto de seguridad pública engloba al de seguridad ciudadana y al de orden público; y además expresa que los tres conceptos se alimentan entre sí por el modo en el que se relacionan. Es decir, la seguridad pública consistiría en aquella competencia o instrumento a través del cual se llega al orden público y a la seguridad ciudadana; que se identifica con el orden en la calle, y mediante el cual alcanza la seguridad ciudadana (orden público material); y que además del orden en la calle está compuesto por aquellas condiciones que posibilitan el ejercicio de los derechos (seguridad ciudadana)⁵³⁶.

Así es, la propia Constitución en su art. 149.1.29 recoge la competencia exclusiva del Estado en materia de seguridad ciudadana sin perjuicio de la creación de policías autonómicas. Es la principal diferencia que media entre la seguridad pública y los otros dos conceptos, que mientras que la primera es una competencia, una “actividad prestacional o de servicio, a cargo del Estado, que tiene por objeto garantizar los derechos y libertades y la seguridad ciudadana, estando, pues, orientado a su protección”⁵³⁷, mientras que orden público y seguridad ciudadana son estados, es decir, es la persona quien tiene que percibir que no se siente inseguro o en peligro al momento de ejercer sus derechos y libertades.

Podemos concluir entonces, que la seguridad pública es una competencia que se desarrolla en un entorno más amplio, no solo englobando la garantía de los derechos y libertades y el mantenimiento de la tranquilidad en la calle, sino que además de proteger

⁵³⁴ “Actividad dirigida a la protección de personas y bienes”.

⁵³⁵ “Actividad dirigida (...) al mantenimiento de la tranquilidad y el orden público”.

⁵³⁶ JIMÉNEZ DÍAZ, C., *Seguridad ciudadana ...*, Op. Cit., pp. 21 y 22.

⁵³⁷ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas...*, Op. Cit., p. 224.

estos bienes jurídicos colectivos se ocupa de la vigilancia de otros peligros que amenazan a otros bienes, como por ejemplo aquellas amenazas contra la salud o incluso contra el medio ambiente⁵³⁸.

Merece destacar que en relación a los tres conceptos no existe consenso en la doctrina en cuanto a como interactúan y qué concepto compone al otro. Unos piensan que son sinónimos, otros insisten en que el orden público incluye los conceptos de seguridad ciudadana y seguridad pública; mientras que otro gran grupo opina lo contrario, o sea, que es la seguridad ciudadana o la seguridad pública la que en realidad fagocita el concepto de orden público⁵³⁹.

Como ya se ha expuesto, la mayoría de la doctrina asume que es la seguridad pública la que absorbe a los otros dos términos. Pero el legislador continua utilizando los tres conceptos indistintamente, incluso a veces como sinónimos, tal y como está sucediendo con el orden público y la seguridad ciudadana.

No obstante, y bajo mi criterio, me siento más cercana a la postura de la mayor parte de la doctrina. El concepto de seguridad pública hace referencia a la suma del orden público y la seguridad ciudadana. Es un instrumento, algo objetivo y cierto, mediante el cual es posible alcanzar el orden público, que sería el requisito sin el que sería impensable que existiera algún tipo de seguridad ciudadana. En otras palabras, son entes diferentes e independientes, pero que uno es el requisito para llegar al otro.

El orden público, entendido como las adecuadas circunstancias para ejercer los derechos y libertades constitucionales, es un concepto amplio, y al mismo tiempo un estado. Se caracteriza por la subjetividad, por la percepción de cada persona de acuerdo con sus criterios.

⁵³⁸ En definitiva, todas aquellas actividades que tal y como apunta RIDAURA RODRÍGUEZ, “puedan acarrear un daño grave e incluso irreversible para un sector de la sociedad”. *Vid.*, RIDAURA RODRÍGUEZ, M.J., “Seguridad ciudadana como...”, *Op. Cit.*, p. 335.

⁵³⁹ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas... Op. Cit.*, p. 225.

Y, por último, la seguridad ciudadana es un concepto más acotado. Podríamos definirlo como la falta de inseguridad, ya sea real o la que se percibe, que es la que permite el ejercicio de los derechos. Apunta este concepto también a un elemento subjetivo.

Así las cosas, creo necesario que para que alguno de estos conceptos se pueda usar como bien jurídico protegido se sienten unas bases objetivas, un mínimo exigible de lo contrario y si nos basásemos exclusivamente en el elemento de la percepción por parte de la ciudadanía estaríamos dando rienda suelta a la arbitrariedad del Estado, por lo que perdería legitimidad el Estado de Derecho y todas sus instituciones al peligrar las garantías de los derechos frente al poder público.

Es por esto por lo que considero que difícilmente podría encajar la “seguridad ciudadana” o el “orden público” como bienes jurídicos con los principios del Derecho Penal. Si no se establece un concepto más o menos definido y estático no se podría garantizar el principio de determinación y, seguidamente, se pondría en entredicho la seguridad jurídica. Sería complicado concebir una legitimidad del Estado entonces, para aplicar una norma a la que el sujeto pudiese ajustar su comportamiento.

II. ORDEN PÚBLICO COMO BIEN JURÍDICO EN EL TÍTULO XXII

1. Introducción. Una aproximación del concepto de orden público en relación con el Título XXII

Como ya se ha repetido anteriormente en numerosas ocasiones, “orden público” escapa a una definición concreta y delimitada. No existe un contenido concreto para el término, por lo que es necesario atender a la casuística del tipo delictivo. En otras palabras, se tendrá que contemplar el comportamiento de “orden público” en cada uno de los tipos delictivos en los que ejerce la función de bien jurídico protegido. Existen pues, no un concepto abstracto, sino varias interpretaciones de orden público que se materializan al entrar en contacto con un tipo penal.

De esta manera, resulta inexcusable analizar delito tras delito para poder hallar un mínimo común entre todos los conceptos de “orden público” integrado en el Título XXII. Este tiene una gran singularidad: son delitos muy diferentes entre sí, lo que trae como consecuencia la ambigüedad del contenido del bien jurídico al que se daña. Los delitos que integran este título son: sedición (Capítulo I); atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y resistencia y desobediencia (Capítulo II); desórdenes públicos (Capítulo III); tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (Capítulo V); organizaciones y grupos criminales (Capítulo VI); organizaciones y grupos terroristas, y delitos de terrorismo (Capítulo VII). En cada uno de ellos el orden público toma una forma distinta, adaptada al espíritu de la norma, al verdadero bien que se pretende proteger. Es por esta razón, por la que me dispongo a diseccionar cada uno de los significados que el orden público toma en cada uno de estos preceptos penales.

El delito de sedición (art. 544 CP) es el primero de los delitos del Título XXII. Llamada también como “rebelión en pequeño”⁵⁴⁰, consiste en la “acción convergente de personas que de forma ilegal, pública y tumultuaria persiguen entorpecer la acción del Estado”⁵⁴¹. Lo que se protege por tanto son las funciones subsidiarias del Estado, es decir, las funciones de administrar y juzgar⁵⁴².

El orden público entonces es entendido como orden jurídico u orden constitucional, interpretado por la doctrina mayoritaria como el entorpecimiento del ejercicio de la autoridad⁵⁴³, más concretamente con funciones no fundamentales, sino con aquellas funciones subsidiarias (pero necesarias) del Estado, esto es, administrar y juzgar. Se trata de proteger, en definitiva, el buen funcionamiento de las instituciones.

⁵⁴⁰ FERNÁNDEZ RODERA, J.A., “De la sedición”, en GÓMEZ TOMILLO, M., / JAVATO MARTÍN, A. M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 403.

⁵⁴¹ CARPIO BRIZ, D., “Capítulo I. Sedición”, en CORCOY BIDASOLO, M, y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1665.

⁵⁴² ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código Penal comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 760.

⁵⁴³ Se equipara con el clima de tranquilidad que no pertenece a la esfera íntima o privada de la actividad ciudadana, pues el tipo exige que se realiza de forma pública y tumultuaria. *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), ALCÁCER GUIRAO, R., / ALONSO GALLO, J., *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, marginal 18257.

En la misma dirección se encuentra la interpretación de orden público en el delito de atentados contra la autoridad y los funcionarios públicos, y de resistencia y desobediencia del Capítulo II. La reforma del Código llevada a cabo por la LO 1/2015 ha modificado notablemente la estructura de este tipo delictivo. De acuerdo con JAVATO MARTÍN, se trata de una reforma que califica de *regresiva* y *autoritaria*, en la que se amplía el abanico de los sujetos protegidos y los tipos agravados y que además usa una técnica bastante precaria para la definición del tipo⁵⁴⁴.

Existen varias posturas doctrinales sobre el bien jurídico que se protege en este delito:

- a) Una parte de ella defiende que se protege el principio de autoridad. Este equivale al prestigio de las personas que encarnan una función pública⁵⁴⁵.
- b) Otros entienden que se trata del orden público en sentido estricto. Es decir, la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana tal y como la doctrina mayoritaria entiende. Esta ha sido hasta la reforma de 2015 la tradición legislativa. No obstante, con el nuevo enfoque se defiende que es necesario previamente conseguir un respeto al principio de autoridad, ya que este será el que por sus medios se alcanzará el orden público⁵⁴⁶.
- c) Otro sector considera el orden público en sentido amplio. Se entiende como la garantía del buen funcionamiento de los servicios y funciones

⁵⁴⁴ JAVATO MARTÍN recrimina pobreza de pericia legislativa al exceso del casuismo. Basándose en los casos reales y empujado por la presión mediática y social, el legislador deja de atender a las reglas generales del Derecho Penal para acallar las demandas sociales, obteniendo como consecuencia, en este caso, la desnaturalización de la infracción delictiva y a apartándose al mismo tiempo de la tradición histórica y de lo adoptado por el derecho comparado. *Vid.* JAVATO MARTÍN, A.M., “De los delitos contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 420.

⁵⁴⁵ VERA SÁNCHEZ, J.S., “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. / VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1669.

⁵⁴⁶ JAVATO MARTÍN, A.M., “De los delitos contra la autoridad...”, *Op. Cit.*, p. 421.

públicas. Se entiende como la situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones. Es decir, se da prevalencia a lo colectivo, al interés general que la Administración debe proporcionar al ciudadano frente al derecho del individuo en sí.

Dice la STS 1030/2007, de 4 diciembre (TOL1.229.910; PONENTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA): “1. Abandonada la conceptualización del bien jurídico protegido por el delito de atentado como referencia al principio de autoridad, se ha identificado aquél con el orden público, entendido como aquella situación que permite el ejercicio pacífico de los derechos y libertades públicas y el correcto funcionamiento de las instituciones y organismos públicos, y consiguientemente, el cumplimiento libre y adecuado de las funciones públicas, en beneficio de intereses que superan los meramente individuales. En definitiva, se sancionan a través de esos preceptos los hechos que atacan al normal funcionamiento de las prestaciones relativas al interés general que la Administración debe ofrecer a los ciudadanos”.

Actualmente y desde la reforma de la LO 1/2015, la interpretación más aceptada es la primera. El legislador ha querido destacar la importancia de la autoridad como aquel “límite exigido por la sujeción de las funciones públicas al principio de legalidad, y de respeto de las libertades y derecho fundamentales de los ciudadanos”⁵⁴⁷. Es decir, se protege a la autoridad como garante imprescindible de la protección del Estado social y Democrático de Derecho, podemos decir pues, que se trata de un delito pluriofensivo en tanto que al mismo tiempo que se ataca al individuo de la autoridad en sí, se contraviene también la “perturbación efectiva del servicio” y, por tanto, al Estado de Derecho⁵⁴⁸.

La reforma operada por la LO 1/2015 también ha llevado a cabo profundas modificaciones en cuanto al delito de desorden público. Se trata de una ampliación de la conducta tipificada que además implica el adelantamiento de la barrera de punibilidad.

⁵⁴⁷ VERA SÁNCHEZ, J.S., “De los atentados contra la autoridad...”, Op. Cit., p. 1669.

⁵⁴⁸ ROMA VALDÉS, A., *Código Penal comentado...*, Op. Cit., p. 767.

Actualmente pues, se condenan bajo este precepto penal acciones individuales que antes se consideraban como infracciones administrativas⁵⁴⁹.

Por parte de la doctrina podemos identificar cuatro vertientes en cuanto al bien jurídico protegido⁵⁵⁰:

- a) Orden público en sentido restringido. Es decir, el orden de la calle.
- b) Normalidad de la vida ciudadana, la cual se puede identificar con la paz pública.
- c) Orden público en sentido amplio. En otras palabras, se refiere tanto al sometimiento del ciudadano al Ordenamiento Jurídico por la sociedad como a la autoridad estatal.
- d) Seguridad pública. El fin del bien jurídico no es otro que garantizar la seguridad de las personas en aquellos lugares que sean públicos⁵⁵¹.

Lo primero que es necesario para poder deducir cuál es el bien jurídico protegido en este delito es atender a la modificación que ha realizado el legislador. Y es que se ha sustituido la expresión “orden público” por la de “paz pública”. Esto ha acarreado, como se ha expresado anteriormente, una ampliación del margen operativo del tipo penal pues se ha incrementado el supuesto en el que se aplicaría. Mientras que “orden público” es un concepto más restringido, equivalente al simple orden en la calle; “paz pública” se corresponde con un concepto más extenso. Conforme a la STS 1321/1999, de 27 de

⁵⁴⁹ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “De los delitos de desorden público”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 473 y ss.

⁵⁵⁰ VALIENTE IVÁÑEZ, V., “De los desórdenes públicos”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S., / VERA SÁNCHEZ, J.S., *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 1682 y 1683.

⁵⁵¹ Es aquí donde es necesario prestar atención. De acuerdo con un gran sector de la doctrina, entre ellos CORCOY BIDASOLO y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, el legislador, al haber ampliado y dotado de un carácter abstracto al bien jurídico que se protege y además de esto haber operado igual con la conducta típica, ha ampliado el margen, llegando incluso a condenar acciones individuales. Este aspecto es sumamente peligroso, pues en ocasiones es posible confundirlo con ciertas infracciones administrativas, llegándose incluso a tipificarlas como un delito penal. La consecuencia directa es clara: una administrativización del Derecho Penal por una parte, y un significativo adelantamiento de las barreras de punibilidad.

septiembre (TOL5.152.277; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI), son “todas aquellas condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad, y en definitiva, la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia”. Lo que se pretende entonces es evitar que cualquier desorden de la calle coincida con el tipo delictivo del delito de desorden público⁵⁵².

Sin duda, la conclusión directa al observar estos preceptos es clara a la vez que alarmante: el Derecho Penal se extiende incluso a terrenos en los que llega a contradecir sus propios principios debido además a su dudosa intervención para la protección de unos bienes jurídicos que en realidad son inocuos.

Especialmente preocupante es el delito que se encuentra regulado en el art. 559 CP. Se trata de una suerte de actos preparatorios punibles, que consisten concretamente en el castigo de “la distribución o difusión pública, a través de cualquier medio, de mensajes o consignas que inciten a la comisión de alguno de los delitos de alteración del orden público del artículo 557 *bis* del Código Penal”⁵⁵³.

Es un nítido adelantamiento de las barreras de punibilidad. Ya no se puede encuadrar esta conducta dentro de los límites de los “actos preparatorios punibles”, sino que se localiza en un momento anterior. Especialmente interesante es la opinión de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ a este respecto y a la cual me suscribo. En primer lugar, es complicado vislumbrar un posible bien jurídico que efectivamente se proteja. El hecho de realizar consignas públicamente y por cualquier medio no evidencia claramente que se pueda identificar una relación de causalidad entre este hecho y los efectivos desórdenes públicos del 557 *bis* CP. Según las palabras de ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, “pareciera que se pretende castigar el pensamiento, el solo hecho de pensar diferente, de actuar diferente, es decir, la disidencia al *status quo*”⁵⁵⁴. Y es así, no se castiga una conducta que acarree una lesión de algún bien jurídico, tan solo se castiga la manifestación de la libertad de expresión del sujeto, algo común en la sociedad en la que nos encontramos ahora, la cual

⁵⁵² Como entiende VALIENTE IVÁNEZ, V, hay que tener en cuenta que no toda afección del orden público será a su vez una infracción o lesión contra la paz pública, ya que es posible la coexistencia de esta con algún desorden. *Vid.* VALIENTE IVÁNEZ, V, “De los desórdenes...”, Op. Cit., p. 1682.

⁵⁵³ art. 557, Código Penal Español.

⁵⁵⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “De los delitos de desorden...”, Op. Cit., p. 500.

se caracteriza por el exceso en el uso de redes sociales y la declaración de las opiniones a través de ellas. Opino, al mismo tiempo compartiendo parecer con ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, que no es una conducta a la que deba dar una respuesta el Derecho Penal, pero que, sin embargo, sí se debe sofocar por otros medios.

El legislador, además, ha pensado en este delito como una especie de “agravante”. En otras palabras, este delito no se podrá comprobar en el momento de la comisión, sino que se tendrá que comprobar que efectivamente tuvo un impacto en los desórdenes públicos⁵⁵⁵, ya fuera como detonante de los mismos como para agravarlos. Esta estimación *a posteriori* reporta pues, como hemos dicho, una agravación de los delitos, que no encajarían, como ya hemos repetido en varias ocasiones, con la conducta de los actos preparatorios punibles.

La tendencia del Derecho Penal cada vez más está derivándose hacia un adelantamiento de las barreras de punibilidad, y esto se podrá comprobar en particular con los delitos de este Título, y a la que nos referiremos especialmente en los delitos de terrorismo, ya que son indudablemente el mayor blanco de esta propensión.

El delito de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos también han padecido modificaciones. Al igual que ocurre con los grupos de delitos anteriores la doctrina también aquí se encuentra dividida en cuanto a cuál debería ser la interpretación del bien jurídico protegido. Podemos identificar cuatro posiciones, a saber⁵⁵⁶:

- a) Orden Público en sentido restringido.
- b) Seguridad colectiva.
- c) El derecho del Estado de controlar la posesión y circulación de ciertas armas.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 499 y 500.

⁵⁵⁶ VERA SÁNCHEZ, J.S., “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dir.) / VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1701.

- d) El sector mayoritario de la doctrina aboga por calificarlo como un delito pluriofensivo⁵⁵⁷, pues lesiona por una parte la seguridad del Estado, y por otra y al mismo tiempo, a la seguridad colectiva o comunitaria.

En realidad, y como se ha analizado anteriormente, todos estos bienes jurídicos están relacionados entre sí, llevando uno al otro. Resulta posible incluso confundirlos, de hecho, el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, y como ya hemos apuntado, ha usado indistintamente estos conceptos.

No obstante, considero que efectivamente se trata más bien de un delito pluriofensivo. Es evidente que el hecho de poseer un arma es un riesgo notorio para la seguridad del Estado, razón por la cual este es titular del derecho del control y de la posesión de ciertas armas (lo que se corresponde con la tercera vertiente o interpretación del bien jurídico protegido). Asimismo, supone un peligro para el orden de la calle, pues la sola exhibición del arma en el contexto de sociedad del riesgo y paranoia al que se sume la sociedad actual a causa de la amenaza terrorista implicaría el quebrantamiento del orden en la calle significando también que no se podrían ejercer los derechos y libertades de los ciudadanos con normalidad.

En resumidas cuentas, considerando que el bien jurídico principal es el de la seguridad general y que este implica la protección de los demás, es necesario aclarar que implícitamente lo que se pretende es la protección de un bien jurídico mediato. En último término, las armas son capaces de provocar lesiones e incluso de matar, debido pues a su peligrosidad el Estado valora que debe tener el monopolio de su control. De este modo, considero que el bien jurídico mediato que se pretende preservar por medio de la seguridad general o colectiva no es otro que el eventual daño a la integridad física o a la vida de las personas⁵⁵⁸. Teoría que es apoyada por una amplia mayoría de la doctrina, en el que se asegura que en la seguridad general “queda proyectado sobre los riesgos para

⁵⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁵⁸ El fin es la protección misma de la sociedad y sus miembros ya que es posible que se derive una violencia de gran intensidad por el “mal empleo de las armas de fuego”, *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), ALCÁCER GUIRAO, R./ ALONSO GALLO, J./ y otros, *Memento Práctico...*, Op. Cit, marginal 18457.

los bienes, vida e integridad personal, patrimonio y el orden público. Estos delitos poseen un auténtico bien jurídico propio - la seguridad general- y lo que se castiga es la lesión; pero como la lesión de este bien jurídico entrañaría el no haber actuado para evitar una posible situación de peligro para la vida e integridad personal, el patrimonio o el orden público, el objeto de protección se identifica con la seguridad de estos tres últimos bienes”⁵⁵⁹.

2. El concepto de orden público en los delitos de organización criminal y terrorista

Empero, se debe destacar que, donde más ha ahondado la reforma de las LO 1/2015 y 2/2015 son en los delitos de organización criminal, organización terrorista y delitos de terrorismo. En realidad, la lista de tipos penales se incrementa con cada una de las reformas, al igual que sucede con la severidad de sus penas. Es, por lo tanto, un Derecho Penal más duro, rozando la falta o la infracción de garantías.

Tanto los delitos de integración en organización o grupo criminal como en organización o banda terrorista persiguen proteger el mismo fin: “el orden público como estabilidad social y base de la misma democracia”⁵⁶⁰. De hecho, esto se puede extraer del preámbulo de la reforma de 2010, el cual expresa que son delitos que atentan contra el orden público, pues “el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las

⁵⁵⁹ *Ibidem*, marginal 18459.

⁵⁶⁰ CORCOY BIDASOLO, M., “De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1717.

instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado”⁵⁶¹.

Importantes penalistas se han pronunciado respecto al bien jurídico que se pretende proteger con la tipificación de esta conducta. En total, podemos encuadrar las opiniones de la doctrina en tres bloques:

A) Antes de la reforma de 2010 gran parte de la doctrina aseguraba que el bien jurídico protegido era el correcto ejercicio del derecho de asociación. Sin embargo, esta opinión cayó en desuso, siendo reemplazado por la doctrina que defiende que el bien jurídico en este caso es el orden público⁵⁶².

Dice la STS 421/2003 de 10 de abril (TOL276.348; PONENTE: JUAN SAAVEDRA RUIZ) “En el delito de asociación ilícita del artículo 515.1 C.P. el *bien jurídico* protegido lo constituye el ejercicio del Derecho Constitucional de asociación, comportando los supuestos tipificados claras extralimitaciones al ejercicio constitucional de tal derecho”.

B) Actualmente la doctrina más apoyada y con más adeptos es la que determina que lo que verdaderamente se pretende proteger es el orden público. En este sentido CUERDA ARNAU afirma que la pretensión del legislador es la de

⁵⁶¹ Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵⁶² De hecho, FARALDO CABANA, afirma que no es posible que sea este el bien jurídico que se pretende proteger y aporta una serie de razones. En primer lugar, aclara que las organizaciones criminales en realidad no son asociaciones que delinquen, sino que por su naturaleza intrínseca y origen se constituyen de esa manera al ser la más adecuada y sencilla para llevar a cabo sus fines delictivos. De esta manera no se puede estar abusando del derecho fundamental de asociación (art. 22 CE) ya que no estamos ante una asociación propiamente dicha. *Vid.* FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas...* Op. Cit., pp. 204 y ss.

En segundo lugar, y esta vez de acuerdo esta autora con QUINTERO OLIVARES, no hay que dejar pasar por alto que “cualquier grupo humano estable que quiera desarrollar actividades conjuntas no supone una manifestación del derecho de asociación proclamado en el artículo 22 de la Constitución”. *Vid.* QUINTERO OLIVARES, G., “La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. / ENRIQUE ANARTE BORRALLÓ, E., (Coords.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999, p. 183.

preservar el orden público, o lo que es lo mismo, “núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales”⁵⁶³.

C) Por otra parte, cada vez toma más fuerza un sector de la doctrina que afirma que el bien jurídico no es el orden público, sino que es en concreto la seguridad ciudadana. Un ejemplo del sector doctrinal que lo apoya es FARALDO CABANA, que afirma que el bien jurídico protegido, o que al menos se pretende proteger, sería la seguridad ciudadana entendida para prevenir la comisión de delitos⁵⁶⁴. En la misma línea se encuentra ROMA VALDÉS, pues para él la organización o grupo criminal en sí constituye una estructura que permite el desarrollo de una actividad delictiva que al mismo tiempo constituye la transgresión del orden público, aunque en ocasiones sea un riesgo potencial y no una lesión efectiva y real⁵⁶⁵.

D) Otra sección de la doctrina opina que el legislador lo que pretende en realidad es la protección de la misma estructura estatal (seguridad interior del Estado). Por un lado, GARCÍA-PABLOS, ve en dicha figura una forma de auto tutela del poder del Estado, de su primacía en cuanto a institución política y jurídica que se ve comprometida por cualquier otra organización que persiga fines antitéticos a los suyos; bien jurídico que podrá recibir la denominación de seguridad interior del Estado⁵⁶⁶. Por otro lado, pero con la misma tendencia se encuentra SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, que considera que el bien jurídico que se protege es la estabilidad del sistema político democrático y el sistema económico⁵⁶⁷. CANCIO MELIÁ por su parte coloca el injusto de este delito en un singular atentado al monopolio de la violencia que ostenta solamente el Estado en toda la extensión de su territorio⁵⁶⁸.

⁵⁶³ CUERDA ARNAU, M.L., “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016., p. 757.

⁵⁶⁴ FARALDO CABANA, P. *Asociaciones ilícitas...*, Op. Cit., pp. 205 y ss.

⁵⁶⁵ ROMA VALDÉS, A., *Código Penal ...*, Op. Cit., p. 797.

⁵⁶⁶ GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978, p. 140.

⁵⁶⁷ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales”, en CANCIO MELIÁ, M. / POZUELO PÉREZ, L. (Coords.) / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Pr.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 452.

⁵⁶⁸ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización...”, Op. Cit., p. 277.

Por tanto, la doctrina está de acuerdo en que el bien jurídico que se protege es un bien jurídico colectivo y no uno individual. Esto es así porque, como ya se mencionó anteriormente, el crimen organizado atenta contra los cimientos de la democracia y su sistema, lo que afecta a la sociedad en su totalidad.

Pero ¿realmente supone una lesión a este bien jurídico? Es decir, ¿resulta realmente lesivo contra el orden o la seguridad públicas el mero hecho de pertenecer a una organización criminal? El precepto solamente castiga el hecho de ser miembro de una organización criminal, sin que esto repercuta en ningún tipo de actividad delictiva de otra clase.

Según mi opinión, aunque la criminalidad organizada signifique un hipotético peligro para los cimientos de la democracia no deja de ser eso, “hipotético”. No se está castigando un hecho que pueda significar un peligro inminente, sino que ya se adelanta a los que se denominan delitos de peligro llegando incluso a ser delitos de *conspiracy*, muy propios del mundo anglosajón⁵⁶⁹.

III. DELITOS DE TERRORISMO Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

1. ¿Es el orden público el bien jurídico protegido en los delitos de pertenencia a organización terrorista y en los delitos de terrorismo?

La realidad es que ha aumentado la proliferación de los delitos de peligro y que, incluso, tienen un bien jurídico tutelado dudoso. Esta gran preocupación por la prevención mediante la vía penal y especialmente debido al gran “riesgo” que se parece percibir en la sociedad está teniendo como consecuencia esta tendencia del legislador⁵⁷⁰. Es

⁵⁶⁹ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas...* Op. Cit, p. 38.

⁵⁷⁰ De acuerdo con CEREZO MIR, las recientes innovaciones como el uso de la energía nuclear, por ejemplo, han acarreado que la sociedad se encuentre en lo que se ha llamado “sociedad del riesgo”. Este evento ha traído consigo un considerable efecto, y es que se ha conseguido afectar al Derecho Penal y sus bases a favor de promocionar un Derecho Penal que garantice la prevención. *Vid.* CEREZO MIR, J., “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 10, 201, p. 54.

especialmente destacable con los delitos de terrorismo. Los atentados terroristas se caracterizan por el elemento sorpresivo, ya que son ataques no directos al Estado, dirigidos principalmente a la sociedad. Lo que pretenden conseguir es infundir “terror”, de forma que los mismos ciudadanos presionen a las instituciones estatales en busca de una mayor seguridad o bien para que el propio gobierno ceda ante sus pretensiones⁵⁷¹.

El delito de integración en banda u organización terrorista posee las mismas características que el delito de integración en grupo u organización criminal.

En efecto, el terrorismo es el gran desafío de las democracias del siglo XXI. El cambio de paradigma en el fenómeno terrorista ha obligado a los Estados a ser resolutivos, dando como resultado cambios en la estructura del Derecho Penal de garantías. La amenaza casi inocua se combate con unas estrictas y severas medidas que se adelantan al momento de la comisión del delito, ya que a los gobiernos les urge prevenir antes que pagar las consecuencias directas de un atentado terrorista⁵⁷².

Tal es la preocupación, que se están llegando a tipificar conductas que ni siquiera tienen cabida entre los actos preparatorios punibles. Al igual que ocurría en los delitos de integración en organización criminal, en los delitos de integración en banda o en organización terrorista el bien jurídico que se protege en principio sería el orden público al encontrarse insertados en este Capítulo. No obstante, no es tan sencillo.

El problema pues, con respecto al bien jurídico protegido es el mismo que se plantea en los delitos de integración o pertenencia en organización criminal. De hecho, autores como SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ entienden los delitos de organización y grupos terroristas como una “modalidad especial y agravada de la organización y grupo criminal”⁵⁷³. En efecto, *a priori* manifiesta la misma problemática que los delitos de organización criminal del 570 *bis* CP pero con una agravación. Y esto es debido a su elemento teleológico o tendencial por el que se caracteriza el terrorismo.

⁵⁷¹ INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS, *Discusión sobre terrorismo. Riesgo y opciones para las Organizaciones de Derechos Humanos*, Ed. ATAR Roto Press, Ginebra, 2008, pp. 3 y ss.

⁵⁷² SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015, p. 392.

⁵⁷³ SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “CAPÍTULO VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 587.

A diferencia de lo que ocurre con la organización criminal cuyo fin es meramente económico o material⁵⁷⁴, los grupos terroristas buscan la subversión del orden político establecido o alterar gravemente la paz pública⁵⁷⁵.

Existen dos grandes corrientes entre la doctrina en lo referente al objeto de protección de este precepto penal. Por un lado, un gran sector defiende que lo que se pretende proteger es el orden público y la seguridad interior del Estado y, por otro lado, otro grupo apoya la teoría de que se pretende proteger el orden constitucional, como por ejemplo propugna VILLEGAS DÍAZ⁵⁷⁶.

Aunque los delitos de los arts. 571 y 572 del Código Penal se encuentran en el Título de los delitos contra el orden público, cada vez son más las voces que se inclinan por un bien jurídico distinto. Para CANCIO MELIÁ, por ejemplo, se trata de un bien jurídico colectivo, haciendo referencia concretamente a la “paz pública”, “seguridad pública” o “seguridad ciudadana” entre otros, barajando al mismo tiempo (al igual que pensaba con los delitos de integración en organización criminal) el bien jurídico del monopolio de la violencia por parte del Estado⁵⁷⁷.

Teniendo en cuenta que el objetivo predilecto de los ataques terroristas son las personas se puede decir que el fin último es el de desestabilizar el orden público por medio del terror, como efecto que se produce de la inseguridad causada. De la misma forma opina SANTA RITA TAMÉS el bien jurídico “orden público” debe ser interpretado junto con la “seguridad cognitiva”⁵⁷⁸, es decir, como el aspecto subjetivo de la seguridad ciudadana.

⁵⁷⁴ Así lo expresa el art. 2 de la Convención contra el Crimen Organizado Transnacional y sus protocolos de las Naciones Unidas, definiendo como fin principal de la creación de los grupos criminales el de “obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁵⁷⁵ JUANES PECES, Á., “Efectos de la reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo”, en *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, ponencia editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, p. 5, en: [https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342418602?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia de Angel Juanes Peces.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342418602?blobheader=application%2Fpdf&blobheadervalue1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia+de+Angel+Juanes+Peces.PDF)

⁵⁷⁶ VILLEGAS DÍAZ, M., “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, en *Revista de Política criminal*, n. 2, 2006, p. 7.

⁵⁷⁷ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización...”, Op. Cit., p. 277.

⁵⁷⁸ SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista...*, Op. Cit., p. 284.

Retomando entonces el punto anterior en cuanto al bien jurídico protegido, existen varias corrientes doctrinales y cada una de ellas aboga por un bien jurídico distinto digno de protección en este tipo de delitos.

Autores como EBILE NSEFUM⁵⁷⁹ interpretan que son dos los bienes jurídicos protegidos: la seguridad y el orden público, lo que se podría resumir como seguridad pública. Debido a la abstracción y la generalidad de estos dos conceptos, ya incluso ellos mismos por separado, considero que no puede ser el bien jurídico protegido, pues sería un recurso inútil al poder encuadrar cualquier conducta, tanto si es ilícita como si no lo es.

CANCIO MELIÁ, al igual que defendía en los casos de integración en organización o grupo criminal, afirma que ya la mera integración en banda u organización terrorista es el sujeto el que está poniendo en tela de juicio el monopolio de la violencia del Estado⁵⁸⁰.

Pese a que cualquier conducta con fines terroristas va a mermar el orden público o la seguridad interior o ciudadana, sin embargo, hay que tener en cuenta que los delitos de terrorismo son delitos comunes con un elemento de cualificación, que no es ni más ni menos que perseguir uno de los fines terroristas descritos en el art. 573. En efecto, podemos decir que el bien jurídico orden público o seguridad ciudadana no es más que un bien jurídico medio, o lo que es lo mismo, el legislador se basa de estos intereses para anticiparse a la comisión de otros delitos que sí que van a lesionar unos bienes jurídicos de suma importancia, tales como la vida.

2. Los delitos de naturaleza terrorista como delitos pluriofensivos

En este mismo sentido, un sector importante de la doctrina indica que en realidad los delitos de terrorismo se califican como delitos pluriofensivos. Tal y como viene configurado el art. 573 CP, relativo a qué se entenderá por delitos de terrorismo, así se

⁵⁷⁹ EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo: su concepto*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985, pp. 89 y 90.

⁵⁸⁰ CANCIO MELIÁ, M., "El injusto de los delitos de organización...", Op. Cit., p. 277.

entiende. Al igual que entiende EBILE NSEFUM⁵⁸¹, interpreto que el precepto expone que cualquier delito que suponga un menoscabo grave a bienes jurídicos como la vida, la integridad física y moral, la libertad, “libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código”⁵⁸² y que se cometa persiguiendo unos fines específicos que también establece a continuación, será considerados como un delito de terrorismo.

Tenemos pues que la conducta y el elemento subjetivo concluyen en una serie de delitos pluriofensivos⁵⁸³. Un homicidio con un fin terrorista como puede ser el de “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella” atenta contra, al menos, dos bienes jurídicos: por una parte, el bien jurídico vida como resultado de una conducta de homicidio, y por otra parte, contra el orden en la calle, el orden público o la seguridad ciudadana debido a la alteración que produciría un ataque de estas características en la población.

Este recurso del legislador es un potencial peligro para la integridad del sistema penal de garantías y para la calidad del Estado de Derecho y su democracia. La anticipación de las barreras de punibilidad con el fin de prevenir una acción que puede dar lugar a una conducta ulterior y constitutiva de lesión grave a un importante bien jurídico puede poner en entredicho los mismísimos principios del Derecho Penal y su sistema de garantías. Y es así, las últimas reformas están trayendo consigo un Derecho Penal más severo, con bienes jurídicos más abstractos y difíciles de interpretación, que incluso atentan contra el principio de *ultima ratio*⁵⁸⁴.

Este fenómeno es más sencillo de apreciar en los delitos de terrorismo, y es uno en cuestión que merece destacar por su singularidad en este aspecto. El objeto de análisis del presente estudio se centra en si los elementos de los delitos de captación y

⁵⁸¹ EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo...*, Op. Cit., p. 88.

⁵⁸² Art. 573.1 del Código Penal español de 1995.

⁵⁸³ LAMARCA PÉREZ, C., “Tema 25. Delitos contra el orden público”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 993.

⁵⁸⁴ TAMARIT SUMALLA, J. M., “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Política Criminal*, n. 3, 2007, pp. 11 y ss.

radicalización, ya fuera el adoctrinamiento activo o el pasivo (autoadoctrinamiento), encajan con los requisitos determinados por la teoría jurídica del delito, los principios del Derecho Penal y si consecuentemente se ajustan al Estado de Derecho. Este precepto y su particular redacción desafía al Derecho Penal de Garantías y hace que nos preguntemos si no está cambiando de tendencia nuestra política criminal, dibujando una nueva hoja de ruta para llegar a un puerto que se identifica más con un Derecho Penal del Enemigo.

De esta manera, se pretende analizar en el siguiente apartado los elementos que considero de interés en cuanto al bien jurídico protegido se refiere y los problemas jurídicos que acarrea.

IV. EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO Y EL DESAFÍO DE SU CONJUNCIÓN CON EL DERECHO PENAL DE GARANTÍAS: NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO PENAL DEL S.XXI

1. El Derecho Penal de Garantías. Puesta en contexto

Si por algo se caracteriza el nuevo tipo de terrorismo al que se enfrentan las sociedades actuales es por el contexto de globalización y el fenómeno de Internet en el que se inserta⁵⁸⁵. Es manifiesta la gran diferencia entre las organizaciones terroristas encuadrables en la tercera oleada, las cuales funcionaban en base a una estructura piramidal, y las organizaciones terroristas de corte yihadistas de la actualidad, las cuales se basan en un sistema de redes.

Ante el lastre que suponía el sostenimiento de una estructura piramidal o vertical las nuevas organizaciones terroristas, entre las que destacan AL-QAEDA y DAESH, han adoptado una estructura horizontal⁵⁸⁶. La imperceptibilidad que les aportan estas nuevas estrategias han empujado a los Estados y a las organizaciones internacionales a cambiar

⁵⁸⁵ LODEIRO CORRAL, R., "El uso de las nuevas tecnologías por el territorio yihadista", en *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 54, 2017, pp. 52 y ss.

⁵⁸⁶ *Ibidem*.

el método y los instrumentos típicos que se han venido usando con otras bandas u organizaciones terroristas, tales como ETA o IRA.

Ya se dijo en el Capítulo I que los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York repercutieron decisivamente en el discurso político criminal, llegando incluso a hablarse de “guerra” contra el terrorismo^{587/588}. La tendencia comenzó entonces en esta fecha, pero se ha ido agravando conforme se han sucedido los distintos atentados en suelo occidental, concretamente con los atentados yihadistas en Bataclán (París) en 2015 y en Bruselas en 2016.

La obsesión de los Estados por prevenir los ataques y minimizar la amenaza casi totalmente está provocando una reducción al absurdo. Las ecuaciones legislativas y normativas ideadas por los órganos legislativos son tan abstractas que no es posible determinar un bien jurídico específico. El legislador, atendiendo a las presiones sociales movidas por el terror de esta amenaza, ha comenzado a tipificar conductas que se alejan con creces de una eventual lesión del bien jurídico y que además no encajan en los actos preparatorios punibles.

La amenaza ha cambiado, y con ella el modelo legislativo. Esto no es de extrañar si tenemos en cuenta que el *modus operandi* de la nueva tendencia terrorista se caracteriza por la rápida radicalización. DAESH ha conseguido minimizar los esfuerzos y ha conseguido sacar el mayor rendimiento y provecho posible de la sobre-conectividad y de las redes sociales. Ya no es necesario establecer una relación cara a cara para completar el proceso de radicalización, sino que mediante ciertos portales webs es eficaz la radicalización de un sujeto a miles de kilómetros de distancia. Un ejemplo es el caso de la chica de veintidós años de Almonte que de seguir un estilo “gótico” pasó a lucir una chilaba negra y a convertirse al Islam más radical en tan solo seis meses después de contactar con un yihadista por medio de una red social⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ FERRAJOLI, L. “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 9, enero 2009, p. 15.

⁵⁸⁸ SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo...”, Op. Cit., p. 172.

⁵⁸⁹ VÁZQUEZ, F. J., “Radicalización y movilización yihadista en España. De la radicalización a la movilización y la acción” en *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del terrorismo*, n. 2, diciembre 2016, p. 125.

El problema es visible *a priori*. Las organizaciones terroristas “rudimentarias” acarreaban problemas jurídicos a la hora de compatibilizar la nueva tipificación de delitos con las garantías que nuestro Derecho Penal exigía (y exige). El nuevo terrorismo convierte esto en un verdadero desafío.

2. El bien jurídico protegido del delito de autoadoctrinamiento: ¿Eventual compatibilidad?

El Derecho Penal de Garantías se rige por una serie de principios, los cuales exponen las pautas para formar un Derecho Penal ajustado al Ordenamiento Jurídico propio de un sistema democrático⁵⁹⁰. Uno de ellos es el principio de lesividad.

El bien jurídico es el máximo exponente del Derecho Penal. En realidad, es la esencia de su existencia, ya que el Derecho Penal se creó para proteger aquellos intereses, a los que se les ha dado el nombre de “bienes jurídicos”, que son de gran importancia para el Estado y que por tanto lo protegen para que sea posible la convivencia en sociedad.

Así pues, y como postula MIR PUIG, este principio es el eje que separa al Derecho de la Moral pues implica que el derecho penal no puede proteger intereses que sean solamente morales, sino que tienen que ser merecedores de una protección por parte del Estado⁵⁹¹. En otras palabras, el Derecho Penal solo podrá proteger aquellos intereses que sean elemento imprescindible para la vida en armonía en la sociedad. Pero ¿qué es determinante para el Derecho Penal? Eso será deducido por la aceptación social, aunque ciertos intereses (vida, integridad física y moral, entre otras) son ya objeto de reconocimiento universal⁵⁹², tal y como se expresa por ejemplo en la Carta Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En resumen, no todos los bienes jurídicos serán merecedores de protección por el Derecho Penal, así como tampoco lo serán la totalidad de los ataques a los bienes jurídicos protegidos. En palabras de MUÑOZ

⁵⁹⁰ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico ...”, Op. Cit., pp. 10 y 11.

⁵⁹¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 131.

⁵⁹² AMBOS, K., “Bien jurídico y harm principle...”, Op. Cit., pp. 345 y 346.

CONDE / GARCÍA ARÁN, “el Derecho Penal se limita a castigar únicamente las acciones más graves contra los bienes jurídicos más importantes”⁵⁹³.

Lo que sí es seguro es que el Derecho Penal solo podrá prohibir aquellas conductas que lesionen o que pongan en un cierto grado de riesgo al bien jurídico en cuestión, de acuerdo con este principio que se analiza.

Este principio ante las nuevas tecnologías parece que se tambalea. El uso de las TIC es un desafío para el Derecho del siglo XXI. Debido a su rápida evolución, el aparato legislativo tiene serios problemas para poder paliar los daños colaterales del uso abusivo o indebido de la tecnología y de Internet.

Uno de estos usos que cada vez preocupa más a los organismos oficiales y a la sociedad en general es la radicalización telemática⁵⁹⁴. Como ya hemos mencionado en ocasiones anteriores, el poder que DAESH despliega a través de Internet y en especial por medio de las redes sociales escapa a la acción del derecho, al menos tal y como lo conocemos hasta ahora. En consecuencia, el autoadoctrinamiento está alcanzando una cota de importancia superlativa en la agenda de los servicios de seguridad y defensa de los Estados actuales. Aunque el delito de autoadoctrinamiento se encuentra comprendido entre el elenco de delitos del Código Penal español desde la reforma de 2015, este ha sido recibido con una gran controversia. A lo largo de esta tesis me concentraré en destacar y analizar los problemas que se vayan planteando durante el estudio pormenorizado del delito de autoadoctrinamiento (art. 575.2 CP) y su difícil correspondencia en el Estado de Derecho.

El autoadoctrinamiento se regula en el art. 575.2 CP, el cual determina que “se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a

⁵⁹³ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 77.

⁵⁹⁴ De hecho, así se manifiesta en el preámbulo de la LO 2/2015. El legislador denuncia la vocación internacional y expansionista del terrorismo yihadista, apuntando a su vez a la gran amenaza que supone este recurso y el consumo de las redes sociales en especial para la propagación de su mensaje. Asimismo, insiste en que estas consignas y el gran alcance del “altavoz” sobre el que se expone podrían radicalizar a sus destinatarios y además podrían llegar a intentar “perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas”. *Vid.* Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español. Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

Atendiendo a la ubicación sistemática en la que se encuentra localizado este precepto podemos decir *a priori* que el bien jurídico que se protege es el orden público, pero, tal y como hemos advertido anteriormente y con referencia a los delitos de terrorismo el bien jurídico que el legislador pretende proteger sería en realidad, además de la protección del orden público, la salvaguarda de la seguridad ciudadana o interior⁵⁹⁵. Teniendo esto en cuenta y leyendo el precepto es complicado hacer una representación mental de cómo la visita de forma habitual a webs o portales en línea de contenido yihadista pueda atentar, de alguna forma al bien jurídico de orden público o de seguridad ciudadana.

La conducta típica consiste en acceder por medio de un portal virtual a este tipo de contenidos en línea con el fin de cometer un delito de terrorismo. Entonces, el simple hecho de acceder (aunque sea de manera habitual) a un sitio web dirigido a la radicalización, ¿significa en realidad un peligro suficientemente grave como para tipificarlo como una conducta prohibida por el Derecho Penal? Es un tema demasiado controvertido, ya que en realidad no es posible apreciar que el orden público se vea comprometido por la consulta a este tipo de contenido, aun entrando varias veces y de forma masiva.

Al tratarse de un delito relativamente novedoso la doctrina aún no se ha pronunciado suficientemente al respecto, sin embargo, puede existir ciertos paralelismos

⁵⁹⁵ SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho penal español. Obra ajustada al CP, texto refundido de 1944 con todas las modificaciones introducidas*, tomo II, parte especial, 5ª Edición, Ed. Reus, Madrid, 1950, p. 105.

con otros delitos. Es por ello por lo que considero conveniente y adecuado comparar esta conducta con el delito de simple consumo y posesión de pornografía infantil del art. 189 CP.

Los delitos relativos a pornografía infantil han cambiado profundamente en la última década, siendo la incorporación más relevante y objeto de discordia la mera posesión de pornografía infantil, aunque en esta no se hayan utilizado realmente a menores.

El Código castiga la posesión de todo tipo de pornografía infantil, inclusive la llamada “pornografía técnica” y la pseudo-pornografía. La primera consiste en la producción de pornografía en la que no se precisa de el uso de menores, sino que se usa a mayores de edad que simulan ser menores, efecto que se consigue por medio de distintas técnicas, como son el borrado virtual de vello corporal y la vestimenta, entre otros⁵⁹⁶. En segundo lugar, la pseudo-pornografía o la pornografía infantil virtual se basa en la recreación de imágenes realistas de menores en un contexto sexualmente explícito sin que hayan intervenido estos menores⁵⁹⁷. El panorama entonces es el siguiente: el Código Penal español castiga la simple posesión de pornografía infantil, ya hayan intervenido menores o no y aunque sea para uso privado.

Es complicado poder atisbar el bien jurídico que se protege en este delito, ya que en el delito de elaboración de pornografía infantil, e incluso en el de posesión de la misma, en la que sí que se ha usado a menores, el bien jurídico que se protege es la indemnidad sexual del menor y su evolución y desarrollo⁵⁹⁸. El menor no tiene una concepción sobre la sexualidad completa por lo que para su desarrollo en la esfera personal es sumamente importante protegerlo contra este tipo de intromisiones y ataques⁵⁹⁹. Sin embargo, ¿qué indemnidad sexual se protege con la pornografía infantil técnica o virtual? No existe un menor cuya indemnidad se atente, ¿existe pues una indemnidad sexual a la que proteger?

⁵⁹⁶ GARCÍA NOGUERA, I., “Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, en *Revista de Internet, derecho y política*, n. 19, octubre 2004, p. 108.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 109.

⁵⁹⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006, p. 175.

⁵⁹⁹ ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014, pp. 246 y ss.

De acuerdo con la doctrina tal indemnidad no existe⁶⁰⁰. Y es que, de acuerdo con ESQUINAS VALVERDE y según palabras textuales suyas, “(...) resulta desconcertante afirmar que quien contempla de modo privado las fotografías del menor, tratándose de un acto definitivamente alejado en el tiempo, en el espacio y en la línea de acción de aquel episodio de abuso sexual que haya dado origen al material pornográfico, pueda estar todavía vulnerando la indemnidad sexual de tal menor”⁶⁰¹. El sujeto activo del delito de posesión o difusión del contenido de pornografía infantil no ha participado en la creación del video, por lo que no ha llegado a dañar la indemnidad sexual del menor en cuestión, bien jurídico que se protege en este tipo de delitos.

Es evidente pues que si no existe menor poseedor de esa indemnidad de igual modo no se hallará una indemnidad sexual a la cual el Derecho Penal deba proteger. Despejada esta incógnita debemos encontrar la motivación que ha tenido el legislador a la hora de tipificar este tipo de conducta.

Por el contrario, la doctrina del Supremo no lo considera de esa manera. De acuerdo con lo expuesto en la STS 674/2010, de 5 de julio, (TOL1.921.966; PONENTE: MANUEL MARCHENA GÓMEZ) “(quien) conociendo el contenido de esos archivos, pese a su carácter particularmente vejatorio los difunde, intensifica la ofensa a esos bienes tutelados. Los efectos lesivos que para esos bienes jurídicos tiene la incorporación indiscriminada a la red de tales imágenes, resultan prácticamente irreparables. De ahí la procedencia de mayor pena”.

Deduciendo lo dicho por el Tribunal Supremo, el fin de la prohibición y castigo de la posesión de contenido de pornografía infantil sería el de la prevención, esto es, evitar que los consumidores de este tipo de pornografía pasaran de la simple visualización de los videos a la ejecución de la conducta delictiva. En otras palabras, la política criminal que se ha adoptado en esta cuestión persigue el fin de acabar o por lo menos mitigar la expansión del mercado de pornografía infantil, mercado que se basa en la oferta y la demanda, por lo que si se acaba con la demanda la oferta correrá su misma suerte⁶⁰².

⁶⁰⁰ GARCÍA NOGUERA, I. “Pornografía infantil...”, Op. cit., p. 110.

⁶⁰¹ ESQUINAS VALVERDE, P. “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2 CE): Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18, 2006, p. 175.

⁶⁰² ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales ...”, Op. Cit., p. 280.

El estímulo de la demanda empuja a que exista una oferta, lo que se traduce en la elaboración de la pornografía infantil. Pero es un enorme riesgo castigar la posesión de este tipo de material. La eventual lesión del bien jurídico en relación con la conducta en concreto no estaría justificada, por lo que pareciera que el legislador lo que pretende es criminalizar “personalidades desviadas”, es decir, surge la duda de si en realidad se está castigando la moral.

En definitiva, se está protegiendo una “moral social colectiva”, pues se está criminalizando una manifestación del pensamiento que por su naturaleza es distinta a la que marcan los pilares morales de la sociedad, con el fin de evitar que el consumidor de pornografía infantil de un paso más y decida cometer un delito más grave⁶⁰³.

Pero si esto es cierto, ¿estamos entonces ante un Derecho Penal de Autor? Es la misma pregunta que se hace MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, pues teme que se esté criminalizando en realidad la predisposición que tiene una persona para ser pedófila⁶⁰⁴.

Se puede llegar a hablar incluso de Derecho Penal Simbólico, pues en realidad con la mera posesión no se atisba la lesión de bien jurídico alguno. Y es que la proliferación de nuevas formas de criminalidad junto con los beneficios que ofertan las TIC como nuevo método de cometer delitos no puede ser la excusa para la expansión de un Derecho Penal Simbólico y vacío de contenido proteccionista⁶⁰⁵.

Teniendo esto en cuenta es posible advertir que algunas modalidades del delito de pornografía infantil guardan muchas similitudes con el precepto que se analiza. El art. 575.2 CP castiga la mera entrada y consulta de portales webs cuyos contenidos resulten idóneos para incitar a un sujeto a ingresar en una organización terrorista o bien para cometer algún delito terrorista.

El sujeto en realidad no ha hecho más que consultar una web, no ha comenzado siquiera el *iter criminis*, lo cual difícilmente podría siquiera afectar a la seguridad nacional o ciudadana. Cuesta imaginar que esta conducta de algún modo atente siquiera contra la

⁶⁰³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L., *Análisis dogmático y...*, Op. cit., pp. 185 y ss.

⁶⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial...*, Op. Cit, p. 259.

⁶⁰⁵ GARCÍA NOGUERA, I., “Pornografía infantil en...”, Op. Cit., p. 113.

seguridad nacional en su vertiente subjetiva, que se podría identificar con la sensación que la sociedad percibe de la seguridad⁶⁰⁶, que además es el presupuesto indispensable para ejercer los derechos; y mucho menos en su concepción objetiva, esto es, además del “orden externo requerirá, además todas aquellas condiciones que posibiliten el ejercicio de derechos”⁶⁰⁷).

Aclarado que no se lesiona bien jurídico alguno parece que, al igual que ocurría con el delito de posesión de pornografía infantil, el legislador busca exterminar cualquier pensamiento que sea contrario a la moral que se considera correcta.

Dice la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL1.371.325; PONENTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) “(...) *Es preciso acreditar que quienes defienden esas ideas, convirtiéndolas en sus fines, han decidido imponerlas a los demás mediante medios violentos, como ya se ha dicho, orientados a intimidar a los poderes públicos y a intimidar y aterrorizar a la población. Dicho de otra forma, es preciso establecer que, desde la mera expresión y defensa de unas ideas, han iniciado de alguna forma, incluso con la decisión efectiva de llevarlo a cabo, su paso a la acción con la finalidad de imponer sus ideas radicales fuera de los cauces pacíficos, individualmente y como grupo.*

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”.

Se trata pues del comienzo de la criminalización del pensamiento y de la moralidad como un posible nuevo bien jurídico, o por el contrario el surgimiento de un Derecho Penal Simbólico.

⁶⁰⁶ FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas...*, Op. Cit., pp. 215 y ss.

⁶⁰⁷ JIMÉNEZ DÍAZ, M. J., *Seguridad...*, Op. Cit., p. 22.

3. La vigencia de la norma como función del Derecho Penal. La quiebra del principio de exclusiva protección del bien jurídico

Se ha hablado de la importancia del bien jurídico y de cómo esta relevancia se expresa a través del principio de lesividad y de legalidad que rigen en el Derecho Penal de un Estado de Derecho. Sin embargo, y como también se ha apuntado a lo largo del estudio de este Capítulo, el delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP) no parece proteger a ningún bien jurídico, tema ya tratado en el Capítulo I de esta tesis y a la cual me remito. No obstante, se hará referencia a esta concepción impulsada por JAKOBS con el fin de determinar si el art. 575.2 CP responde a la protección de bienes jurídicos o, por el contrario, este precepto busca la protección de la propia norma y con ella la del sistema.

A partir de esta premisa, no resulta complicado intuir que, si el delito del art. 575.2 CP no protege ningún bien jurídico, podría ser que protegiera al propio Ordenamiento Jurídico mediante la defensa de la vigencia de la norma en sí.

Este es un postulado que ya ha sido tratado por numerosos autores, principalmente por JAKOBS, y que se caracteriza por su tendencia en la actual redacción de los tipos penales. De acuerdo con el Derecho Penal de Garantías, tal y como se reseñó en el Capítulo I, el Derecho establece un “diálogo” con el sujeto, cuyo fin último es la resocialización; mientras que, en el Derecho Penal del Enemigo, el Estado se enfrenta al sujeto en un intento de defenderse a sí mismo. Estas premisas afectan indudablemente a la forma en la que interacciona el sistema con el bien jurídico y la función del Derecho Penal.

De acuerdo con JAKOBS, el Derecho Penal no protege bienes jurídicos, y, de hecho, no los defiende, sino que la principal función de este se centra en mantener la vigencia de la norma, en reafirmar la confianza en el sistema estatal. El Derecho Penal del Enemigo se justifica desde la existencia (y mantenimiento) del propio Estado y sus instituciones, así como su sistema político, y no desde la perspectiva de la salvaguarda de unas garantías político-criminales y unos Derechos Fundamentales y libertades públicas. Justificación que igualmente parte de la “seguridad cognitiva”, es decir, que el sujeto deberá avalar una garantía de comportamiento que se adecue al Ordenamiento Jurídico.

Sin duda alguna, la incertidumbre que inspira el comportamiento del sujeto que se está radicalizando resulta más que patente: es posible que el sujeto decida atacar inmediatamente, en un futuro o nunca. Esta clase de sujetos encaja en esta estructura que describe JAKOBS en su tesis, individuos que, poseen un potencial riesgo para el mismo Estado y sus estructuras, suficiente como para tratarlos como enemigos.

De este modo, y como ilustra ROXÍN, de acuerdo con la concepción de JAKOBS, en un delito de homicidio, este no protegería la vida, sino que “exclusivamente la prohibición de matar”, pues de no ser así, “la vigencia de la norma se erosiona y se convierte en una promesa vacía, porque ya no ofrece una configuración social realmente susceptible de ser vivida”.

Ahora bien, la simple protección del Estado, sus instituciones y sus valores contiene sus propios riesgos. Al no hablarse de bienes jurídicos y sí de las instituciones estatales, no se especifica que estas deban ser democráticas, en otras palabras, la protección del Estado no contribuiría a la limitación del *ius puniendi* estatal, repercutiendo en que el sistema pudiera corromperse y extender su poder punitivo hasta sus propios intereses y no en beneficio de la sociedad y de la democracia como ocurre en un Estado de Derecho.

El Estado, por ejemplo, al carecer de dichos límites, podría llegar a castigar determinados modos de pensar o formas de ser, tal y como ocurre en los sistemas dictatoriales; al igual que sucede con el delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP).

El precepto no pretende, en ningún momento, proteger un bien jurídico y, de hecho y tal y como se argumentará a lo largo de esta tesis, la infracción de distintos principios y garantías democráticas avalarán estos argumentos. El legislador pues, solo busca lanzar una señal de tranquilidad a la sociedad por medio de esta manifestación de un Derecho Penal Simbólico, al igual que identificar a los sujetos potencialmente peligrosos para futuras investigaciones criminales. Todo parece apuntar así, a que el delito de autoadoctrinamiento terrorista responde al esquema del Derecho Penal del Enemigo.

De acuerdo pues con la doctrina mayoritaria, el bien jurídico común en los delitos de terrorismo será el de seguridad ciudadana, entendida esta como seguridad ciudadana objetiva, es decir, aquella situación real que permite las circunstancias necesarias de tranquilidad y estabilidad para poder desarrollar el ejercicio de los derechos de la persona⁶⁰⁸. Es cierto que la comisión de un atentado terrorista el cual produciría víctimas mortales y de lesiones, así como daños en el patrimonio constituiría un impedimento para constituir esa circunstancia de tranquilidad indispensable para poder desarrollar el ejercicio de los derechos. La conducta pues, de hacer estallar una bomba, atropellar a personas por una vía pública o simplemente acuchillar a una multitud en cualquier ciudad sí supone una lesión del bien jurídico “seguridad nacional”, así como otros bienes jurídicos colaterales que a su vez han sido lesionados o por lo menos puestos en peligro.

Ahora bien, la simple consulta de información a través de Internet, o la mera posesión de documentos de contenido terrorista constituyen un dudoso riesgo para el bien jurídico de seguridad ciudadana. Tan solo con pararnos a observar ambas conductas resulta difícil pensar que el acceso a páginas webs o la posesión de contenido terrorista pueda significar un riesgo para conseguir una situación de tranquilidad la cual pueda propiciar una situación óptima para desarrollar los derechos. Se está dudando en el peligro potencial de acciones que son desarrolladas incluso antes de un eventual acto preparatorio punible pongan en entredicho la seguridad de un Estado entero, o de la comunidad internacional.

Estas conductas carecen de entidad suficiente para producir un riesgo o un daño a la seguridad ciudadana de España, y mucho menos de la comunidad internacional. Por muchas veces que el sujeto acceda al portal web de contenido terrorista o por muchos documentos que posea del mismo contenido, este comportamiento no supone un riesgo para ningún bien jurídico.

La puesta en peligro es demasiado remota, muy alejada de la conducta por lo que podemos concluir en que se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad que atiende – ni más ni menos- que a un Derecho Penal Simbólico, un Derecho Penal que

⁶⁰⁸ JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad...*, Op. Cit., pp. 22 y ss.

busca tranquilizar a la población y además facilitar la labor investigadora de las fuerzas y cuerpos de seguridad.

La sociedad tema lo desconocido y aquello que no comprende, esto es, aquellas concepciones que no comparte con algunos sujetos que no forman parte de la vertiente mayoritaria de la sociedad. El precepto tan solo castiga la radicalización, o, mejor dicho, el proceso de radicalización, conducta que no ha extralimitado aún los márgenes del pensamiento, de la propia esfera interna. El Estado se ve consecuentemente en la necesidad de vigilar hasta los supuestos más extremos al sujeto, llegando incluso a traspasar el principio *cognitiones poenam nemo patitur*.

Las conductas que se tipifican en el art. 575.2 CP bien podrían constituir (y de hecho así es) una manifestación del propio derecho a la libertad de pensamiento, ya que el sujeto aún no ha decidido “pasar a la acción”, aun se encuentra en la fase interna, en la de radicalización que por muy desaprobada que esté por la población sigue siendo un pensamiento.

Pero entonces, ¿a qué responde la norma? A la protección de un bien jurídico por supuesto que no. En mi opinión, este precepto carece de un bien jurídico al que proteger, sino que se trata de preservar la misma vigencia de la norma. Norma que además tiene una concepción amplia. Cuando se hace referencia a la norma en realidad, y al mismo tiempo, se atiende al propio sistema, conformado por el conjunto de valores e intereses del Estado. Y el mayor de los peligros reside en la determinación de dicho sistema, la cual viene siendo realizada por el propio Estado. Es el Estado pues, el que puede modular sus límites con la ayuda de este tipo de delitos, lo cual acarrea una serie de consecuencias catastróficas, siendo la principal la implantación de un Derecho Penal del Enemigo.

Del presente capítulo se puede poner de manifiesto lo siguiente:

En primer lugar, un Derecho Penal del Enemigo constituye un Derecho Penal que no atiende a las garantías, un Derecho Penal que tiene como último fin el de proteger al

sistema⁶⁰⁹. Al Derecho Penal del Enemigo no le interesa si existe un bien jurídico a proteger, ya que solo le importa si aparece un riesgo, aunque sea remoto, que atente con sus estructuras y el mantenimiento del poder⁶¹⁰. No es un sistema, por tanto, que se pueda permitir asumir un Estado de Derecho como es España. Llegados a este punto son dos las opciones a seguir:

La primera alternativa consiste en la derogación sin condiciones del precepto. La contradicción frontal de los principios del Derecho Penal Garantista, así como la infracción de numerosos Derechos Fundamentales y libertades públicas no son compatibles con una Democracia. El *ius puniendi* no puede quedar a expensas del Estado, sino que tiene que responder unos límites, los cuales no serán respetados en casos como este. De este modo se deberá asumir el riesgo y preservar las estructuras básicas del Estado de Derecho, para evitar de este modo arribar a un sistema policial.

La derogación del precepto del art. 575.2 CP sería lo deseable, al igual que utópico. Teniendo en mente el contexto social e internacional actual la derogación del delito de autoadoctrinamiento conllevaría muchos inconvenientes.

Por una parte, el delito de autoadoctrinamiento terrorista desde marzo de 2017 viene “recomendado” en una Directiva de la Unión Europea, más concretamente la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017⁶¹¹. Por lo tanto, se trata ya de un “mandato” internacional, el cual “invita” a España (como al igual que al resto de los Estados Miembros) a introducir el precepto en sus Ordenamientos Jurídicos.

Por otra parte, la alarma social al respecto ya ha sido propagada, instalándose en lo más profundo de la conciencia social general. La derogación del precepto acarrearía

⁶⁰⁹ FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 79, julio- diciembre 2012., p. 112.

⁶¹⁰ *Ibidem*.

⁶¹¹ Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo. Disponible en el siguiente enlace (última visita: 30/08/2019): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A32017L0541>

un incremento de la alarma social, seguido de una gran pérdida de confianza en el sistema, riesgo que los actuales dirigentes no están dispuestos a asumir.

Así pues, lo más adecuado sería tratar de hacer convivir ambos sistemas por medio de una interpretación restrictiva del precepto.

Para empezar, el sentido de seguridad ciudadana debe ser interpretado en el contexto del art. 575.2 CP de una forma muy limitada, de modo que exclusivamente se podrá aceptar cuando realmente exista una *certeza* de que se producirá un riesgo o una lesión de la misma por parte del sujeto autoadoctrinado. Es decir, solo se podría aceptar un riesgo para la seguridad jurídica cuando, teniendo en cuenta el grado de convicción del radicalizado haya expresado o manifestado de forma inequívoca que ha decidido pasar a la acción⁶¹².

El principio de presunción de inocencia no puede ser coartado y, mucho menos, en este caso en concreto, ya que el pensamiento en ningún momento puede llegar a delinquir, pues sería negar que existe un derecho a la libertad de pensamiento.

La interpretación restrictiva se convierte en *conditio sine qua non* para la supervivencia de dicho precepto, como ya advirtió el Tribunal Supremo en la sentencia 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO) al expresar que “es necesaria la interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información”. De lo contrario, la aceptación de un precepto que carece de bien jurídico y que está orientado a la exclusiva protección de vigencia de la norma, comprometería las bases más fundamentales del Derecho Penal de Garantías. De no adoptar una interpretación restrictiva este sería el paso previo a un Derecho Penal del Enemigo y, con él, el fin del Estado de Derecho.

⁶¹² Así lo determina la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL 1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), cuando afirma que “no basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.”

CAPÍTULO IV

EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA

I. TIPO OBJETIVO

1. Introducción

Teniendo en cuenta las bases más elementales del Derecho Penal, el delito será toda aquella conducta humana típica, antijurídica y culpable. Cada uno de estos elementos son esenciales para que una determinada conducta pueda calificarse como delito. En este Capítulo, no obstante, me centraré básicamente en el elemento de la conducta humana, más concretamente en el contexto del delito de autoadocctrinamiento terrorista, señalando principalmente sus más destacados problemas que padece el Derecho Penal de Garantías.

En primer lugar, debemos recordar que al elemento conocido como “conducta humana” se le ha llamado tradicionalmente “acción”, incluyendo aquí, eso sí, tanto la acción como la omisión.

En concordancia con el Estado de Derecho la conducta humana o acción no podrá ser reprochable penalmente, o al menos legitimada, por su carácter formal, sino que además se tendrá que tener en cuenta un elemento finalista y social. Esto quiere decir que para que una conducta sea merecedora de intervención penal además de coincidir con aquella conducta específica tipificada en el Ordenamiento Jurídico penal, deberá estar dirigido por un fin. La finalidad pues, la determina la propia voluntad humana. Descartándose así toda aquella conducta que escape a la voluntad humana, como por ejemplo los actos reflejos.

A esto se le suma que la conducta deberá identificarse con lo que se entiende por «comportamiento humano socialmente relevante». En palabras de MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN, “(...) se deduce que en la determinación del concepto de acción no es suficiente con la constatación de los aspectos puramente causales y finales de la misma, sino que es necesario también situarlos en un determinado contexto intersubjetivo que es lo que le da su sentido comunicativo, social y/o jurídico, es decir, su significado”⁶¹³

⁶¹³ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 204.

A esta misma interpretación se unen voces como BUSATO⁶¹⁴ y POLAINO-ORTS⁶¹⁵, entre otros defendiendo que la acción deberá interpretarse en su vertiente formal y finalista y, a su vez, se entenderá en relación con el contexto social en el que se desarrolle. La imposibilidad de separar la realidad social de la configuración del sistema legal y, en especial del sistema penal es lógico que predomine una concepción de la acción que se inserte en la realidad social. No obstante, y aunque es cierto que el Derecho se enriquece de la realidad social es importante recordar los límites que el mismo sistema democrático establece, no olvidando de ningún modo que moral y Derecho son realidades distintas pudiendo coincidir ocasionalmente.

A esto se le suma un elemento intrínseco a la interpretación de un concepto de acción desde el punto de vista de un Estado de Derecho. Y es que no cualquier conducta puede ser merecedora de reproche penal, sino que en un Estado Democrático, tal y como afirma MIR PUIG, solo tendría sentido prohibir “aquellos *comportamientos del hombre* que sean *externos y finales*”⁶¹⁶ y que además signifiquen la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal.

Se desecha pues la posibilidad de castigar meros pensamientos, todo aquel elemento, por así llamarlo, que tenga lugar en la fase interna del *iter criminis*, lo que se profundizará más adelante. El castigo de meros pensamientos o formas de la personalidad contraviene los propios cimientos del Estado de Derecho en sí, además de que encierra una dificultad demostrar que un sujeto tiene un pensamiento concreto por medio de pruebas suficientemente contundentes para quebrantar el principio de presunción de inocencia.

⁶¹⁴ De acuerdo con BUSATO y en palabras de VIVES ANTÓN “la determinación de la acción que se realiza no depende de la concreta intención que el sujeto quiera llevar a cabo, sino del código social conforme al que se interpreta lo que hace”. Vid. BUSATO, P. C., “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el “civil law” y el “common law” en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, en *Revista penal*, n. 35, p. 15.

⁶¹⁵ Según POLAINO-ORTS, la tipificación de los delitos de posesión de objetos peligrosos no responde en realidad a criterios objetivos ni subjetivos de peligrosidad del mismo objeto a que se refiere la posesión, sino que se equipara a la estabilización de una “expectativa social”. En otras palabras “solo la prohibición de la tenencia de estos objetos peligrosos se podrá mantener la seguridad de los ciudadanos en la norma. Vid. POLAINO-ORTS, M., *El Derecho Penal del Enemigo ante el Estado de Derecho*, Ed. Flores, México, 2013, p. 278 y 279.

⁶¹⁶ MIR PUIG, *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 195.

En la práctica, sin embargo, la realidad es mucho más compleja y diferente que el plano teórico. Como ya expuse en el Capítulo I, la globalización y sus efectos colaterales han sumido al ser humano y al conjunto de la sociedad a un nuevo paradigma, que ha modificado no solo estructuras sociales, sino también psicológicas, laborales y legales. El miedo es uno de estos motores y provoca incertidumbre en la población, la cual no está dispuesta a sufrir daño alguno, por muy potencial que este sea. Es así como el principio del hecho, y por ende el Derecho Penal del Hecho, comienza a desestabilizarse.

Y es aquí donde conviene traer el delito de autoadoctrinamiento terrorista. Las conductas tipificadas por el Código Penal español en su art. 575.2 CP consisten en, *grosso modo*, “acceder” y “poseer” contenidos de carácter terrorista, ya sea por medio de la web o por otro tipo de portales.

De acuerdo con la Real Academia Española (en adelante RAE) *acceder* significa “entrar en un lugar o pasar a él”⁶¹⁷ mientras que el término *poseer* quiere decir “tener una cosa o ejercer una facultad con independencia de que se tenga o no derecho a ella”⁶¹⁸. Si estos dos significados los ponemos en comparación con el concepto social de la conducta humana difícilmente podrían tener acomodo.

En primer lugar, tanto “acceder” a páginas webs como “poseer” dicho contenido terrorista no denotan un comportamiento humano que conlleve una modificación en el mundo externo. En segundo lugar, la finalidad sí estaría caracterizada por un dolo, al menos si entendemos que el sujeto tiene la intención de radicalizarse para cometer atentados en el futuro, ya que de lo contrario la consulta o la posesión de este tipo de contenido respondería a un interés impulsado por la curiosidad, informativo y, por tanto, carente de relevancia penal. Y, por último, el contexto social en el que se inserta este delito es en un ambiente de psicosis, una obsesión por prevenir a la mínima expresión la probabilidad de sufrir un ataque terrorista, lo que provoca que se recurra a una reducción al absurdo del riesgo, llegando a prohibir el mero consumo de esta información y así “prevenir” la

⁶¹⁷ Definición de “acceder”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 28/02/2020): <http://dle.rae.es/?id=0K1XBn0>

⁶¹⁸ Definición de “poseer”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 28/02/2020): <http://dle.rae.es/?id=TmjwQbV>

radicalización. Sobre estos asuntos incidiré más adelante en profundidad y agotando cada uno de los problemas que se presentan, no obstante, considero que una mera introducción de estos conflictos resulta recomendada para llegar a entender la magnitud de la cuestión de la acción o conducta humana.

Ahora bien, si aplicamos el concepto de conducta humana sobre las “acciones” de *acceder* y *poseer* del art. 575.2 CP carece de un elemento esencial: una conducta externa. Tal y como se ha destacado, el Derecho Penal solo castigará hechos o, dicho de otro modo, se perseguirá aquel comportamiento humano que se manifiesta en la fase externa del *iter criminis* o constituyen algún acto preparatorio punible que el Código Penal así lo determine⁶¹⁹.

La fase interna, así pues, queda exenta de justificación para ser perseguida por el Derecho Penal, o al menos no debería permitirse que fuera de otra manera en un Estado de Derecho. Teniendo esto en cuenta el delito de autoadoctrinamiento no merece oportunidad de defensa alguna desde el punto de vista garantista, ya que, si no se corresponde con aquella conducta humana de la fase externa y, más aún, tampoco coincide con los actos preparatorios punibles que el Código Penal recoge, por exclusión acceder y poseer formaría parte de la fase interna del sujeto. Acceder de forma habitual a portales webs y poseer documentos de contenido terrorista constituyen “acciones” que contribuyen a la formación de la cosmovisión del individuo, una parcela personalísima en la que el Estado, como Estado de Derecho, no debe intervenir de acuerdo con el principio del hecho⁶²⁰.

Y es en los delitos de posesión y de *status* o integración donde el sistema penal ve sus principios y bases quebrados. Las últimas modificaciones del Código Penal y especialmente con la incorporación al texto penal de las conductas de pertenencia a

⁶¹⁹ Ya lo advierte CUERDA ARNAU al expresar que “lo enjuiciado son los hechos y no sus autores”. Vid. CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO / RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^º. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1403.

⁶²⁰ Y así lo afirma SCHROEDER siguiendo la argumentación de JAKOBS cuando manifiesta que “Un acercamiento del contexto de planificación del autor a la fundamentación penal invadiría el ámbito interno, lesionando con ello el principio del hecho, lo cual sería incorrecto en el Estado de Derecho”. Vid. SCHROEDER, F., C., “La posesión como hecho punible”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2^ª Época, n. 14, 2004, p. 163.

organización o grupo criminal o terrorista o a los delitos de autoadocctrinamiento terrorista, han sido duramente criticadas por la doctrina penal, que los considera una desconfiguración de los límites del Derecho Penal y catalogando esta disciplina de abusiva y autoritaria, más cercana a un Derecho Penal de Autor que a un Derecho Penal del Hecho⁶²¹.

2. Las conductas delictivas: posesión de contenido terrorista y acceso a portales webs de tal contenido

Ya he hecho referencia a la polémica existente con los delitos de pertenencia o integración y con los delitos de posesión. La doctrina penal española ha sido clara: se trata de un adelantamiento de las barreras de punibilidad y un peligroso (y preocupante) acercamiento al Derecho Penal de Autor⁶²². Todo esto parece que sucederá con el delito de autoadocctrinamiento terrorista, ya que la radicalización autónoma terrorista el legislador la considera como un acto merecedor de intervención penal⁶²³.

⁶²¹ Uno de los miembros de la doctrina que más ha criticado las nuevas reformas del Código Penal tildándolas de ser un Derecho Penal del enemigo camuflado bajo el hábito de la lucha por la seguridad es MUÑOZ CONDE. Este autor considera que el Derecho Penal actual tienen un corte simbólico, autoritario, abusivo y más cercano a un Derecho Penal de Autor que de un Derecho Penal del Hecho. *Vid.* ampliamente MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre ...”, *Op. Cit.*, p. 126. TERRADILLOS BASOCO es otra de las figuras de la doctrina penal española que ha denunciado ampliamente la nueva política criminal, coincidiendo con MUÑOZ CONDE en que nos encontramos ante un Estado obsesionado por la seguridad y que desatiende los márgenes que imponen las garantías y los Derechos Fundamentales para evitar que se pueda presentar un Derecho Penal abusivo y un uso arbitrario del *ius puniendi* por parte del Estado, coincidiendo de nuevo con MUÑOZ CONDE en que se trata de una “exagerada” lucha por la seguridad nacional. *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista...”, *Op. Cit.*, pp. 20 y ss.

⁶²² Este aspecto es criticado por CAMPO MORENO allanándose a su vez a lo ya dicho por VIVES ANTÓN cuando expone que el adelantamiento de las barreras de punibilidad “es inadmisibile, cuando se pueden castigar simples manifestaciones de voluntad en las que no se manifiesta ni un mínimo de lo que criminológicamente se llama «el paso al acto» y que no representan ninguna clase, no ya de principio de ejecución, sino como expresamente se prevé, ni de preparación”. *Vid.* CAMPO MORENO, J. C., “El terrorismo yihadista: ¿Límites a un Derecho Penal exagerado?”, en *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, DE LA CUESTA AGUADO, P.M. / RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1310.

A este respecto también alza la voz MUÑOZ CONDE denuncia el peligro que supone para el Estado de Derecho el acercamiento a un Derecho Penal del Enemigo. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre...”, *Op. Cit.*, p. 125.

⁶²³ No ocurre esto, por ejemplo, con la radicalización de otra índole. Podemos traer a colación los casos de personas que se radicalizan e ingresan en sectas, las cuáles por cierto, participan en un *modus operandi* bastante similar al de las organizaciones terroristas como DAESH. Es curioso pues, observar como el elemento de “yihadista” es el que de verdad

Debido a que el delito de autoadocctrinamiento terrorista es un delito relativamente nuevo, tan solo existen en la actualidad un total de seis sentencias del Tribunal Supremo tratando el tema. Por esta razón considero que es necesario analizar los mismos elementos de este delito que están presentes en tipos penales de más recorrido dogmático, como puede ser el delito de intrusismo del 197 CP en el caso de la conducta de “acceder”, o a los delitos de posesión de drogas (art. 368 CP) y de pornografía infantil (art. 189.2 CP) en el caso de la acción de “poseer” documentos de contenido terrorista (art. 575.2 CP)

2.1. La conducta de posesión. Una aproximación al concepto de posesión penal desde los delitos de posesión de pornografía infantil y tenencia ilícita de drogas

De acuerdo con la Real Academia Española, se entenderá por “posesión” aquel “acto de poseer una cosa corporal con ánimo de conservarla para sí o para otro”⁶²⁴. En el mundo jurídico la posesión es un concepto que ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia, especialmente en el ámbito civil⁶²⁵, concepto que coincide considerablemente con el concepto que figura en el Diccionario de la Real Academia Española.

Sin embargo, y tal y como expresa MOLINA PÉREZ, la conocida como “posesión penal” va mucho más allá del concepto civilístico, ya que abarca la mera disponibilidad y la preordenación al tráfico⁶²⁶.

De esta manera, contamos en Derecho Penal con un concepto de posesión más amplio, que tomará diversa forma dependiendo de la conducta típica en la que se inserte,

resulta alarmante para el legislador, aunque esta conducta sea idéntica a las de radicalización en otras disciplinas y, por ende, que tiene los mismos riesgos.

⁶²⁴ Definición de “posesión”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 03/08/2018): <http://dle.rae.es/?id=TmqxclV>

⁶²⁵ Para conocer ampliamente los distintos conceptos de posesión en Derecho Civil véase: JARILLO GÓMEZ, J. L., “La posesión en el Código Civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales”, en *Saberes. Revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales*, vol. 6, 2008, pp. 3-7.

⁶²⁶ MOLINA PÉREZ, T., “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n. 38, 2005, p. 110.

yendo desde la posesión propiamente dicha, es decir, la tenencia física, de un objeto (ya sea material o virtual) hasta la tenencia remota o mediata.

Volviendo al delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP, la posesión forma parte de una de las modalidades de comisión de tal conducta típica. Pero ¿qué se entiende por posesión en el delito de autoadoctrinamiento? Para dar solución a este problema he considerado necesario la comparación de las distintas clases de posesión en ciertos delitos y así poder determinar a cuál de estas se asemeja más.

En primer lugar, analizaré la “posesión” en el contexto del delito de posesión de pornografía infantil del art. 189.2 CP. Una de las conductas tipificadas recientemente y que ha traído más controversia ha sido la introducción en el Código Penal del delito de posesión de pornografía infantil, ya sea real, simulada o digital del art. 189 CP.

Ya la sola posesión de pornografía significa una gran contradicción con el principio de lesividad, pues en pocas ocasiones se podría llegar a considerar la posesión como un peligro serio y real de un bien jurídico⁶²⁷. A esto se le debe sumar la complicada interpretación del término “posesión” desde un punto de vista “virtual”. Con el impulso de la globalización la mayoría del traspaso de este tipo de material se realiza a través de Internet. Así pues, ¿se podría considerar que la posesión física se identificaría con la posesión virtual? ¿Qué es posesión en el delito del 189 CP?

La posesión se encuentra justo a continuación de la adquisición del objeto, conducta esta que la doctrina apunta como más lógica para la protección del bien

⁶²⁷ IRISARRI, S. M., “Delitos de tenencia: ¿castigo sin conducta? Proyección hacia una nueva categoría delictual”, en *Revista Pensamiento Penal*, junio de 2016, p.1.

jurídico⁶²⁸. De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo⁶²⁹ el delito de posesión de pornografía infantil está integrado por tres elementos básicos: la posesión efectiva del contenido pornográfico, que dicho material tenga la finalidad de uso por su poseedor y, por último, el dolo del agente, el cual se basa en la conciencia de dicha posesión por parte del sujeto.

Como se puede ver, los tres elementos están presentes en la definición, pero aún no resulta lo suficientemente claro qué se entenderá por “posesión”. La posesión se encuentra justo a continuación de la adquisición con el fin además de que se realice un uso concreto de esta, a lo que se le suma el conocimiento y voluntad de su tenencia, por lo que no será típica la adquisición casual.

En el caso concreto del delito de posesión de pornografía infantil la doctrina mayoritaria entiende que se producirá la posesión del contenido pornográfico infantil desde un portal virtual o telemático, en el momento en el que “la misma queda

⁶²⁸ La adquisición de la pornografía infantil se configura también como un hecho ilícito, lo cual tendría sentido al poder llegar a favorecer un aumento en la demanda de este tipo de contenido y así favorecer consecuentemente la elaboración de la oferta. Sin embargo, y al resultar complicada la prueba de la misma adquisición, el legislador decidió castigar a su vez la posesión para el mero consumo.

La tipificación de este delito responde pues a una facilitación de la prueba, es decir, la política criminal se inclina a favor de un favorecimiento de la investigación policial y una facilitación a la hora de imputar un delito precedente a unos hechos delictivos anteriores (y que estos sí que son peligrosos para el bien jurídico) pero que son de complicada corroboración.

No responde por lo tanto a unas exigencias garantistas, pudiendo desconfigurar el equilibrio entre los principios político-criminales esenciales de un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho. Por desgracia, se trata de una técnica a la que cada vez con más frecuencia recurre el legislador con el fin de calmar las exigencias sociales. Al igual sucede con el delito de autoadoctrinamiento terrorista pues, en realidad estos “hechos”, o mejor dicho “circunstancias” son los precursores necesarios, pero no concluyentes, de la comisión de un delito mayor.

Ante esta nueva tendencia del legislador, la doctrina penal se encuentra disconforme y bastante crítica. Una de las voces que denuncia este tipo de práctica es ESQUINAS VALVERDES, que de igual forma expone que “no cabe prohibir determinadas conductas, además protegidas por el principio fundamental de la libertad y la autonomía de los ciudadanos solo por el hecho de que se asemejen a otros que sí resulten ilícitas, simplemente con objeto de facilitar la lucha contra estas últimas”. *Vid.* ESQUINAS VALVERDE, P., “El tipo de mera posesión...”, *Op. Cit.*, p. 179. Otra justificación de esta tipificación tan extraña para el Derecho Penal del Estado de Derecho es la facilitación de prueba, favoreciendo a las fuerzas del orden, en especial a las labores de investigación policial del delito. Así lo ha manifestado SCHROEDER cuando dice que la complicada identificación de los sujetos que aparecen en contenidos de esta índole, así como la facilitación de prueba de adquisición de este material y salvar así la problemática de la prescripción en los delitos de la adquisición, el legislador ve una razón más para la tipificación de la posesión de pornografía infantil. *Vid.* SCHROEDER, F.C., “La posesión ...”, *Op. Cit.*, p. 162.

⁶²⁹ SSTs 271/ 2012, de 26 de marzo (TOL3.531.175; PONENTE: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA); 105/2009, de 30 de enero; 373/2011, de 13 de mayo (TOL2.123.517; PONENTE: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR).

almacenada en el disco duro del ordenador en otro soporte o medio permanente de conservación de los datos, situado en el ámbito o esfera de disposición del sujeto”⁶³⁰. Es decir, el sujeto debe “detentar” (de manera virtual) el contenido en un fichero propio, de forma que pueda tener la disponibilidad de su uso cada vez que tenga voluntad de ello.

De acuerdo con este sector de la doctrina pues, queda fuera del tipo el simple visionado en “streaming” desde el monitor, como si de una televisión se tratara, ya que en ningún momento el sujeto lo detenta en realidad, sino que tan solo lo consume desde algún portal web⁶³¹.

Por otra parte, un sector minoritario de la doctrina alemana lo interpreta en otro sentido. De acuerdo con este otro sector, la posesión se cometerá con la simple reproducción del contenido sexual infantil en la memoria de trabajo del ordenador, que a su vez quedará registrado en la memoria caché del mismo dispositivo⁶³². No es necesaria la descarga propiamente dicha, por lo que se entiende que la posesión es equivalente al visionado virtual⁶³³. En definitiva, la doctrina alemana minoritaria entiende que es suficiente con que el individuo tenga la oportunidad de disponer del contenido, por lo que se estaría hablando ya de una posesión mediata.

Sin duda esta es una interpretación demasiado amplia, que se confunde con el simple acceso y no tanto con el concepto de “posesión”. Es importante diferenciar estos dos criterios. La posesión tiene más sentido, al menos en el caso del delito de pornografía infantil, cuando el sujeto en cuestión detenta ese contenido a través de la descarga en su dispositivo, con lo que tiene la opción de poder disfrutar del mismo siempre que lo desee y además sin necesidad de gozar de conexión a Internet.

De otro lado, el simple visionado del contenido pornográfico infantil se localiza incluso en un momento anterior a la posesión. Para poder asimismo consumir el contenido es imprescindible la conexión a Internet, ya que el sujeto debe **acceder** al portal web

⁶³⁰ ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión ...”, Op. Cit., p. 209.

⁶³¹ *Ibidem*, p. 210.

⁶³² *Ibidem*, pp. 210-212.

⁶³³ La justificación de esta interpretación puede deberse a que la opción del consumo de un contenido audiovisual en streaming sin necesidad de la descarga es ya una tendencia hoy en día favoreciendo el fácil y rápido acceso.

donde se encuentra el contenido objeto de consumo. Por lo tanto, entiendo que la posesión no se ha consumado, sino que en realidad esta doctrina alemana está confundiendo las acciones de “poseer” y “acceder”. En Internet pues, no es posible la posesión mediata de la cosa, ya que se está hablando propiamente de datos virtuales, datos que no se pueden percibir físicamente a excepción del visionado⁶³⁴.

Algo parecido ocurre con el delito de autoadoctrinamiento terrorista. De acuerdo con las STS 734/2017, de 15 de noviembre de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO) y la SAN 39/2016, de 30 de noviembre (TOL5.901.279; PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA), de 30 de noviembre: el sujeto tiene que poseer ese material⁶³⁵.

La posesión mediata ha sido más aceptada en los delitos de tenencia ilícita preordenada al tráfico de drogas. Mientras que la tenencia de drogas para el autoconsumo se considera como una causa de exculpación, la tenencia de drogas para la preordenación al tráfico sí que se considera merecedora de reproche penal. Por una parte, en la tenencia o posesión física el sujeto detenta de algún modo la cosa, ya sea física o virtualmente, es decir, descargar los documentos y con la posibilidad de su uso en el momento que desee y cómo quiera, sin disponer de conexión a Internet para ello. Por otro lado, la tenencia mediata o remota no precisa de la detentación física, sino que basta con la disponibilidad de su tenencia por parte del sujeto, es decir, algo así como el acceso a la droga. Y así lo determina la doctrina del Tribunal Supremo.

De acuerdo con las palabras textuales de la STS 71/2002, de 24 de enero (TOL4.965.052; PONENTE: JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO): “Para que se

⁶³⁴ El consumo de streaming se debe realizar, exclusivamente, con una conexión a Internet para que el sujeto pueda acceder al contenido y disfrutar de su visionado como si se tratara de una televisión. Se podría pues hacer un símil con la emisión de un canal de televisión: si en la televisión se emite un programa televisivo en el que se induce a cometer algún delito, el contenido no pertenece a la persona que lo está viendo, sino que tan solo está accediendo a dicho contenido, y una vez que este termine no podrá detentarlo como a él le plazca a menos que se vuelva a emitir. De algún modo esto podría compararse con la interpretación llevada a cabo por la doctrina minoritaria alemana. El sujeto pues no está poseyendo el contenido, sino que está accediendo al mismo.

⁶³⁵ En dicho caso al sujeto se le encontró en la tarjeta sd de memoria de su teléfono móvil personal varias imágenes y documentos de contenido terrorista, entre ellas imágenes de líderes de varias organizaciones terroristas, tales como DAESH o Al-Qaeda; imágenes de personas degolladas por combatientes yihadistas; y varios documentos con consignas de corte yihadista pidiendo la muerte de los infieles.

produzca la posesión de sustancias no se precisa la tenencia material, sino que solamente la puesta a disposición”.

Esta interpretación de la posesión en el ámbito penal puede parecer una anticipación de las barreras de punibilidad, llegándose a penalizar actos preparatorios para el tráfico de drogas. Es lo que ocurre a su vez con el delito de autoadocctrinamiento terrorista, ya que el sujeto, aunque consuma contenido terrorista no significa que vaya a atacar, o por lo menos no se tiene la certeza sobre ello, siendo este un mero indicio que podría considerarse como un requisito no imprescindible para la comisión de un delito de terrorista. Eso sí, este tipo de posesión coincidiría con la conducta de “acceso” y no con la de posesión.

Así pues, la posesión de la que se habla en el delito de autoadocctrinamiento coincide en mayor parte con la posesión descrita en los delitos de posesión de pornografía infantil correspondiéndose al mismo tiempo con la modalidad de poseer esta información o datos a través de los medios telemáticos gracias a nuevos portales tecnológicos. El almacenaje de documentos audiovisuales es una característica común en ambas conductas típicas, con lo cual, es razonable y lógico deducir que el concepto de posesión coincide.

Y así lo prueban las sentencias de la Audiencia Nacional SAN 39/2016, de 30 de noviembre (TOL 5.901.279; PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA) y del Tribunal Supremo 734/2017, de 15 de noviembre de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO). De acuerdo con ambas sentencias, al sujeto se le acusa de un delito de autoadocctrinamiento en la modalidad de posesión de material de contenido terrorista al comprobar que el sujeto tenía en la tarjeta de memoria usb de su Smartphone personal distintos documentos de esta naturaleza, tales como imágenes de propaganda de DAESH, de personas ejecutadas o fotografías de los principales líderes de organizaciones terroristas como DAESH o AL-QAEDA. Siendo esta una de las pocas sentencias que trata el delito de autoadocctrinamiento queda claro, al menos *a priori* que el Tribunal Supremo no entiende la posesión de contenido terrorista como una posesión mediata. Todo lo contrario, al tratarse de un delito de peligro abstracto y de redacción muy general, abstracta y un tanto ambigua, el mismo Tribunal Supremo determina en la STS 734/2016 que “Es **necesaria la interpretación restrictiva** de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia **sin quebranto del derecho a la libertad**

ideológica y del derecho a la **información**”⁶³⁶. Por lo tanto, entiendo que no cabría una interpretación tan amplia como la que se considera para la posesión mediata para la conducta de posesión de materiales de contenido terrorista del delito de autoadoctrinamiento.

2.2. La conducta de acceso

El segundo apartado del delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP viene a tipificar la conducta del “acceso” a un contenido de naturaleza terrorista. Al igual que ocurre con la posesión, el delito de acceso es una conducta que se adelanta en gran medida en el tiempo a la afección del bien jurídico, ya que es incluso anterior al momento de la adquisición y de la posesión, manifestándose aquí otro ejemplo de adelantamiento de las barreras de punibilidad. Los delitos de acceso también han sufrido un incremento en la proliferación en el nuevo sistema penal. Pero ¿qué se entenderá por acceso en el delito del art. 575.2 CP? Como ya dije anteriormente no se trata de un delito con un recorrido muy extenso por la jurisprudencia española, por lo que no ha sido posible en consecuencia determinar su significado. Así pues y de igual forma que he hecho anteriormente será necesario recurrir a la equiparación de otro tipo penal con el que comparta ciertas similitudes.

Al tratarse de un delito que se desenvuelve en el espacio virtual, no sería muy coherente realizar esta comparación con un delito que no se desarrollase en este espacio, como es por ejemplo el allanamiento de morada. Aunque la acción de “acceder” coincida en ambos tipos delictivos, el contexto virtual aporta ciertos matices a los que es imprescindible atender para aportar una interpretación lo más acertada posible.

Es por esta razón pues, que he considerado que el delito de intrusismo informático del art. 197 CP sería el más adecuado para determinar el verdadero significado del concepto de acceder del delito de autoadoctrinamiento.

⁶³⁶ Énfasis añadido.

La proliferación de este tipo de delitos de acceso en el contexto de un espacio virtual se debe en parte al uso generalizado de la población de Internet, lo que conlleva el rápido y cómodo traspaso de información entre internautas, sea esto legítimo o no. Acceder en cierta medida tiene similares rasgos con la “posesión mediata”, pues el legislador considera que el sujeto tiene esa disponibilidad de obtener la información a través del acceso a los portales o sistemas informáticos que incorporan un contenido susceptible de radicalizar potencialmente al sujeto que lo consume.

Sin embargo ¿no sería esto considerado como una manifestación más del Derecho a la libertad de pensamiento? La identidad de la persona queda conformada en gran medida por la libertad de pensamiento, y esta se construye gracias a la experiencia del sujeto y de la información que consume y que además desea consumir. El Estado pues, no está en absoluto legitimado para decidir que libros, películas o cualquier otro contenido debe el sujeto consumir o no, ya que además forma parte a su vez del derecho a la intimidad del sujeto⁶³⁷. Este argumento se debatirá más ampliamente en el siguiente apartado, por lo que nos remitimos al mismo.

Entrando ya en materia, en el delito intrusismo informático y la interpretación del concepto “acceder” en un contexto virtual, se castiga el simple acceso al sistema informático en cuestión, sin que sea necesario a su vez que se alcancen los datos protegidos⁶³⁸.

⁶³⁷ De igual manera ocurre con el delito de la posesión de pornografía infantil para el consumo propio. La mera posesión de pornografía fue un ámbito muy discutido por el Tribunal Superior de Justicia de Estados Unidos. Una de las sentencias más relevantes, y que además podemos extrapolar al caso del autoadoctrinamiento terrorista, es la que se dictó en el caso *Stanley v. Georgia*. Dicha sentencia expone la incompatibilidad de la simple posesión de pornografía y el principio constitucional de la libertad de expresión, a lo que añade que “si tal Derecho Constitucional significa algo, es que no es asunto del Estado decirle a una persona sentada sola en su propia casa, qué libros debía leer o qué películas debe ver”. Es decir, el mero consumo de este tipo de contenido, sin ningún otro fin que su propia satisfacción sexual, compete en exclusiva al propio sujeto. Libros, dibujos, ropa y otros elementos configura la aparte más privada de las creencias y pensamientos (en definitiva, de la misma personalidad) del sujeto, tal y como ha determinado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Estados Unidos del caso *Regino v. Sharpe*. Este razonamiento se puede extrapolar al autoadoctrinamiento terrorista. Teniendo claro que el delito autoadoctrinamiento consiste en consumir contenido terrorista con el fin de radicalizarse para después atentar, el Estado estaría de nuevo inmiscuyéndose en la esfera más privada del sujeto, ya que la decisión de consumir este tipo de material pertenece en exclusiva al sujeto y su ejercicio del derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de pensamiento.

⁶³⁸ COLÁS TURÉGANO, A., “El delito de intrusismo informático tras la reforma del CP Español de 2015”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 21, enero 2016, p. 220.

Ahora bien, el sistema al que se accede debe estar protegido, ya que tal y como expresa COLÁS TURÉGANO para que se cumpla con el tipo será imprescindible acceder o mantenerse en el sistema y, además, que para haber logrado el acceso o su mantenimiento el sujeto tiene que haber vulnerado las medidas de seguridad que protegían este sistema informático⁶³⁹. Este límite en la conducta forma un elemento diferenciador, el cual identifica como típicas tan solo aquellas conductas en las que se vulneren las medidas de seguridad, cosa que no ocurre con el delito de autoadocinamiento. Si tenemos en cuenta que el acceso en el delito de autoadocinamiento terrorista no precisa que se realice por un servidor proxy oculto o bien burlando un sistema de seguridad podemos afirmar que se configura en un estrato anterior al acceso del delito de intrusismo informático. Es decir, se adelanta aun más la intervención penal en la línea del *iter criminis*. Indudablemente esto se debe asimismo por un distinto bien jurídico afectado y por la exigencia de determinada finalidad.

Mientras que en el delito de intrusismo informático no se exige una finalidad subjetiva, sino que basta con el mero acceso al sistema sin que se requiera la obtención de la información de estos sistemas; en el delito de autoadocinamiento el acceso tiene que ejercerse con la idea de radicalizarse para atentar en un futuro. Quizás esta exigencia del elemento subjetivo es lo que sitúa a estos dos delitos a distintas alturas del *iter criminis*, es decir, uno se coloca en un paso previo por la exigencia del elemento subjetivo. No obstante, el Tribunal Supremo realiza una interpretación distinta. De acuerdo con la STS 961/2016 de 20 diciembre (TOL5.920.323; PONENTE: PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ), “(...), no es cierto que baste el mero obrar en el sentido indicado, sino que se requiere que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito, aquí, finalizada a causar un daño, que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo”. El intrusismo pues, debe ir direccionado por la intención de apoderarse de unos datos contenidos en un sistema informático, el cual posee también un valor en sí mismo⁶⁴⁰. De no ser así, se podría considerar como un error de tipo. Por ejemplo, en el caso en el que un sujeto deambule por la web y en una ventana emergente le aparezca información de DAESH e instrucciones de cómo elaborar una bomba y este aprenda a elaborarla, se podría hablar

⁶³⁹ *Ibidem*, pp. 219 y 220.

⁶⁴⁰ MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas razones para la represión penal autónoma del intrusismo informático”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n. 77, 2005, p. 133.

de un error de tipo. El sujeto no tenía la intención de capacitarse mediante la consulta de un contenido terrorista, pero eso no le impidió aprender cómo elaborar una bomba, eso sí, lo que no se cumpliría con el segundo elemento subjetivo del delito, ya que el sujeto no posee la voluntad de dirigir esa conducta hacia la comisión de un delito de terrorismo⁶⁴¹.

Pero, volviendo al discurso principal de este trabajo, el foco del nuevo entorno social, el cual se ha informatizado y digitalizado hasta el aspecto más personal de las personas, puede hacer que se considere al propio sistema informático como una suerte de bien jurídico remoto. O sea, que se trata de una extensión del derecho a la intimidad, al albergarse en la red la mayoría de los datos personales, laborales, sanitarios e íntimos de los individuos.

Es cierto que el delito de autoadoctrinamiento terrorista exige un elemento subjetivo para que se pueda dar el tipo delictivo completo. Pero este elemento subjetivo consiste en radicalizarse para poder articular un nuevo delito de terrorismo, es decir, se basa en un delito de *status*. Por muy elevada que sea la intención que tenga el sujeto de radicalizarse no sobrepasa la barrera del pensamiento y de la voluntad de modular su personalidad, sin que esto trascienda a la fase externa, por lo que no se produciría la lesión de ningún bien jurídico en concreto. Y la pregunta que se nos viene a la mente es: ¿realmente el acceso a un portal web de contenido terrorista, aunque, insisto, sea para radicalizarse, compromete la seguridad de un Estado soberano o incluso de la comunidad internacional?

⁶⁴¹ Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del error de tipo en el delito de pornografía infantil del art. 189 CP. En ocasiones, resulta complicado discernir en cuanto a la edad de la persona que aparece en el video pornográfico en cuestión, lo que haría que el propio sujeto estuviera consumiendo este tipo de pornografía sin tener idea y que, de saberlo, no accedería a este tipo de contenido. Lo mismo ocurre en el caso de los incapaces, cuyos casos son más complicados de identificar, ya que se necesitaría una prueba pericial para determinar esta condición. *Vid.* FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., "La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: Cuestiones claves", en *Boletín de la facultad de Derecho de la UNED*, n. 20, 2002, p. 261.

2.3. La capacitación como finalidad de las conductas de posesión y acceso. La diferenciación de los actos preparatorios punibles y los actos de ejecución

Estas dos modalidades de comisión del delito descrito en el art. 575.2 CP (posesión y acceso), están “vinculadas” a una finalidad específica: la capacitación del sujeto. De acuerdo con la literalidad del precepto, es decir, “con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior”, la capacitación viene determinada por un “para qué”(cometer delitos de terrorismo) y un “cómo” (llevar a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior).

Aunque la capacitación se estudiará en profundidad en el Capítulo VI, al cual nos remitimos, se señalarán aquí ciertos aspectos que resultan de interés para completar el estudio del tipo objetivo. En primer lugar, se deberá hacer referencia al término “capacitarse” o “capacitación”, el cual viene a significar “hacerse apto, habilitarse para algo”⁶⁴² y no se corresponde completamente con el que se predica desde la doctrina de los tribunales y la doctrina penal.

Como se ha repetido en numerosas ocasiones a lo largo de este estudio, el delito que se castiga en el art. 575.2 CP es conocido como “delito de *autoadoctrinamiento* o *autoradicalización* terrorista” que, entrando a estudiar más a fondo, se puede comprobar que “adoctrinamiento” o “radicalización” no son sinónimos de “capacitación”. En efecto, los conceptos de *adoctrinamiento* o *radicalización* poseen una connotación que estriba más en el plano intelectual del autor. Así, de acuerdo con la Real Academia Española (en adelante RAE), por “adoctrinar” se entendería “inculcar a alguien determinadas **ideas** o **creencias**”⁶⁴³, mientras que “radicalizar” significaría “volver **radical** algo o a alguien”⁶⁴⁴,

⁶⁴² Obsérvese que se ha modificado la definición oficial de “capacitar” añadiéndole la singularidad de la autonomía por la que se caracteriza el delito de “autoadoctrinamiento”. Vid. Definición “capacitarse”, por la Real Academia Española (RAE), en (última visita: 28/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>.

⁶⁴³ Definición de “adoctrinar”, por la Real Academia Española (RAE), en (última visita: 28/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

⁶⁴⁴ Definición de “radicalizar”, por la Real Academia Española (RAE), en (última consulta: 28/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=V14sJDs>

definiciones que contienen un carácter intelectual, es decir, que están relacionados con los pensamientos o creencias.

Aceptando esta premisa, se admite al mismo tiempo que lo que en realidad se castiga en este precepto no es otra cosa que el pensamiento, las creencias del sujeto que decide adoptar una visión extremista de la vida, comúnmente vinculada al salafismo.

Y así lo pone de manifiesto la (escasa) doctrina del TS⁶⁴⁵. De acuerdo con la mayor parte de las sentencias al respecto del art. 575.2 CP, en todas y cada una de ellas se entiende esta finalidad como “adoctrinarse” y no como “capacitarse”, como se expresa claramente en el precepto⁶⁴⁶. No obstante, y como ya advertí, esto será motivo de discusión en el Capítulo VI de forma más exhaustiva, por lo que me remito a lo ya expuesto allí.

Sin embargo, aquí lo interesante se centra en que las conductas de posesión y acceso descritas al principio de este Capítulo deberán ir encaminadas a esta “capacitación” o “adoctrinamiento” autónomos, así como que se deberá llevar a cabo por

⁶⁴⁵ Concretamente, la primera de las sentencias que asienta esta doctrina que posteriormente adoptarán las restantes, es la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL.6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO). De acuerdo con lo argumentado en esta sentencia, la simple adhesión al ideario extremo del yihadismo resulta suficiente como para que se de por cumplido el elemento subjetivo de “capacitación”, pues “el recurrente estaba extremadamente radicalizado, como resulta del relato probatorio, y el propósito de cometer un atentado en España lo refirió una y otra vez, y en tal situación no hace falta otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo, sirviéndose de un cuchillo, un vehículo, o un arma o explosivo”. En estas condiciones, el TS parece olvidar el principio de responsabilidad por el hecho, al mismo tiempo que se infringe el derecho del sujeto a la presunción de inocencia (art. 25 CE) y a un juicio justo (art. 24 CE) con la sanción de determinadas premisas sin justificar que dan lugar a resoluciones poco razonables en un proceso penal de un Estado de Derecho.

⁶⁴⁶ Esta fue la primera de las interpretaciones adoptada por el TS antes de que la doctrina cambiase bruscamente con la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL. 6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO). La STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL.6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO), declara que además de demostrarse el acceso o la posesión de un material de carácter terrorista, es imprescindible que se pruebe para qué delito se estaba capacitando el sujeto, “pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí se exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el Capítulo” (FJ2).

Se deja claro, por medio de este razonamiento que, tal y como ya argumentó la STS 503/2008, de 17 de julio, del caso 11M (TOL. 1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA) “La acción terrorista es, pues algo más que la expresión de ideas (...)” ya que, continua, “la libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada”. De hecho, así se argumenta en nuestra Constitución, en su art. 1.1 CE cuando se reconoce que España será una nación plural, donde tendrán cabida distintos puntos de vistas y la convivencia de distintas culturas.

medio de la recepción de adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o “técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones”⁶⁴⁷. Nos centraremos principalmente en el “cómo” esta vez, o sea, en el modo en el que se deberá llevar a cabo la supuesta “capacitación” o “adoctrinamiento”.

Comenzando por la primera de “actividades” a las que se refiere el precepto: en la recepción de adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate. Es necesario aclarar en primer lugar, que en realidad, “adoctrinamiento” y “adiestramiento militar o de combate” constituyen dos cosas bastante distintas. Por una parte, como se ha señalado más arriba, el “adoctrinamiento” se basaría en inculcar unas ideas o creencias en las personas, es decir, en convencer a alguien para que adopte una forma de pensar. Adaptando este concepto un poco más al delito de autoadoctrinamiento terrorista, este adoctrinamiento se realiza de forma autónoma y las creencias a las que se hace referencia serían las promulgadas por la rama más extremista del yihadismo: el salafismo⁶⁴⁸. Esto choca principalmente con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 16 CE)⁶⁴⁹, y además con otros principios y garantías del Estado de Derecho. No obstante, esto se desarrollará con mayor profundidad en los Capítulos VI y VII, por lo que nos remitimos a ellos.

Sin embargo, existe una segunda actividad a la que se hace referencia en el art. 575.2 por remisión al 575.1 CP, esto es, el adiestramiento militar o de combate. Si nos referimos al significado meramente semántico, la RAE entiende, en su primera aceptación, que se trata de “hacer diestro, enseñar, instruir”⁶⁵⁰, que traído al plano de la autonomía podría quedar de la siguiente manera “hacerse diestro, aprender por sí mismo, instruirse”. Se entendería pues, una especie de “proceso de formación”, lo que coincidiría

⁶⁴⁷ Art. 575.1 CP.

⁶⁴⁸ Como bien deducen CUERDA ARNAU / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “adoctrinarse implica asumir determinados valores”. Vid. CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 205.

⁶⁴⁹ *Ibidem*.

⁶⁵⁰ Definición de “adiestrar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 29/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=0kZKDbL>

con la definición del concepto de “capacitarse” (hacerse apto, habilitarse para algo), convirtiéndose en sinónimos.

En cuanto a un significado más jurídico, habrá que acudir al dispuesto por la Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo de 28 de noviembre, por el que se interpretaría “impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos”⁶⁵¹, sin olvidar que estos estarán dirigidos a la comisión de un “delito de los relacionados como terrorismo, y a sabiendas de que las enseñanzas impartidas se utilizarán para dichos fines”⁶⁵². Esta definición viene más adaptada al “adiestramiento militar o de combate” al que hace referencia el tenor literal del precepto y que resulta totalmente contraria a la actividad terrorista de adoctrinamiento. De acuerdo con GARCÍA ALBERO, el adiestramiento militar o de combate “se vincula con las actividades precisas para desarrollar un plan terrorista”, mientras que “el adoctrinamiento en principio guarda relación con medidas y prácticas educativas y de propaganda dirigidas a inculcar determinados valores (contra-valores) o formas de pensar (justificación ideológica)”⁶⁵³.

Por lo tanto, se intuye que el adiestramiento en realidad tiene un carácter más práctico, que se expresa más allá de la mente y tiene su manifestación en el mundo exterior, y, por ende, podría coincidir con la calificación de “acción” que se ha dado al comienzo de este Capítulo. Encajaría, de este modo, mejor este concepto con el sistema general del Derecho Penal tradicional, antes que la configuración de un pensamiento (adoctrinamiento) como una conducta ilícita.

Ahora bien, el precepto continúa estableciendo “actividades terroristas”, tales como “técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones”.

⁶⁵¹ Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo de 28 de noviembre, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en (última visita: 29/08/2019): <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82452>

⁶⁵² AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L., *Terrorismo en el Siglo XXI: La respuesta penal en el escenario mundial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016, p. 120.

⁶⁵³ GARCÍA ALBERO, R., “Libro II: Título XII: Cap. VII”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, tomo II (artículos 234 a DE 7ª)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 1909.

Parece una redacción redundante, ya que, si volvemos a tener en cuenta la definición establecida por la Decisión Marco de 2008, ya ahí se incluyen estas técnicas dentro de la definición de adoctrinamiento. La redundancia de la redacción del precepto no termina aquí, sino que además se configuran como conductas ya tipificadas en el art. 573.1 CP y el art. 574 CP. Por adiestramiento, en relación con un delito de terrorismo, intuitivamente se entendería el aprendizaje en técnicas de elaboración de las herramientas que se usarán para llevar a cabo el delito de terrorismo en cuestión (bombas, armas biológicas, radiactivas...).

Sin embargo, el adiestramiento en este caso, en el del terrorismo que se desenvuelve en la actualidad, debería ir dirigido, también, a las técnicas que la propia organización terrorista establece, sea esta DAESH, AL-QAEDA o incluso ETA. Centrándonos en DAESH por ser la más actual y por inspirar esta norma, DAESH determina en sus revistas online (Dabiq y Rumiya, de las que ya se tuvo la ocasión de hablar en el Capítulo I), el modo en el que se deberán llevar a término un ataque terrorista acorde con la organización terrorista, como puede ser, la utilización de ciertos materiales (furgonetas negras, cuchillos con un determinado mango, etc), así como diversas técnicas de ataque (desde instrucciones de cómo usar un cuchillo hasta el lugar dónde realizar las incisiones con este, por ejemplo). Estas “técnicas” o, mejor dicho, “procesos” constituyen también una parte importante del adiestramiento militar al que no hace referencia el precepto.

Esta, y no otra, como ya se explicará en el Capítulo VI, deberá ser la única y válida interpretación del precepto: el adiestramiento o capacitación como fin último de la posesión y acceso a contenido de naturaleza terrorista. No obstante, nos remitimos al estudio que realizaremos en los Capítulos VI y VII.

3. Conclusión. Razones para rechazar las conductas de posesión y acceso como tipos penales

La tipificación de las conductas de posesión de contenido terrorista y el acceso habitual a páginas web de similar material responde a una política criminal de prevención. El legislador español en un afán de protector desmedido acude a la herramienta penal

como evitación de ataques terroristas futuros, aunque estos sean incluso hipotéticos y sin una base fehaciente.

Al margen de que las conductas de posesión y acceso habitual carecen de entidad lesiva o al menos de riesgo para el bien jurídico (y mucho menos para el bien jurídico seguridad ciudadana), las razones “preventivas” en las que se justifica el legislador a la hora de tipificar dichas conductas carecen de una base científica que así lo corrobore.

La posesión, en sí misma, no resulta peligrosa. A esta concepción aporta BUSATO lo siguiente “la conducta de posesión no suele ser en sí mismo nociva, sino que, lo que es nocivo es la utilización del objeto que se posee”⁶⁵⁴. Coincide con este autor IRISARRI cuando dice que “la posesión, por sí sola, es inofensiva para los bienes jurídicos ya que se requiere una conducta del sujeto – poseedor de la cosa – que materialice el daño (...) Es decir, la “tenencia” solo será peligrosa en la medida en que una persona lleve a cabo una acción que pueda generar un riesgo por el empleo del objeto”⁶⁵⁵. De igual forma lo entiende SCHROEDER al afirmar que los delitos de posesión son inofensivos y que su tipificación tan solo responde a un intento por parte del legislador de impedir los peligros existentes⁶⁵⁶. De hecho, esto es lo que ocurre exactamente con el delito de autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP. En palabras de CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ cuando se refieren a los documentos objetos de posesión, determinan que se trata de un “delito de posesión de objetos con la intención de cometer un delito, es decir, un tipo en el que la “posesión de objetos peligrosos no es en sí misma peligrosa para bienes jurídicos, pero va acompañada del plan criminal (intención) de cometer un delito, plan que debe probarse sobre la base de indicios objetivos”⁶⁵⁷. Así pues, todo elemento típico recaería sobre el elemento subjetivo, es decir, la finalidad, por lo que se puede afirmar que la posesión no entraña siquiera un peligro para el bien jurídico.

De nuevo la obsesión prevencionista es el motor principal que empuja al mecanismo legislativo a mostrarse receloso de la eficacia del sistema penal. El

⁶⁵⁴ BUSATO, P.C., “Una crítica a los delitos de ...”, Op. Cit., p. 12.

⁶⁵⁵ IRISARRI, S. M., “Delitos de tenencia...”, Op. Cit., p. 1.

⁶⁵⁶ SCHROEDER, “La posesión como...”, Op. Cit., pp. 162 y ss.

⁶⁵⁷ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adocctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 211.

legislador podría prescindir de esta técnica con la aplicación de los delitos imprudentes como bien propone SCHROEDER, ya que, si el resultado de la posesión, en el caso de los delitos de posesión de objetos peligrosos, lesiona el bien jurídico debido a la falta de atención a la norma de cuidado entonces se podría aplicar el delito imprudente⁶⁵⁸. No obstante, el legislador, como ya he tenido oportunidad de decir anteriormente, no tiene interés en esperar a que se materialice el resultado, contribuyendo a la formación de un Derecho Penal más restrictivo, carente de garantías y simbólico. Y la simbología de esta tipología de delitos se manifiesta en su propia forma, en la falta de conducta en el tipo objetivo en los que se ha pasado de castigar acciones a punir una “mera situación fáctica de posesión o tenencia de una cosa”⁶⁵⁹, o lo que es lo mismo castigando hechos circunstanciales y no actos que realiza el propio sujeto, entendidos como conducta humana de acuerdo con la teoría jurídica del delito.

Es el caso del delito de posesión de pornografía infantil. La posesión de esta tipología de contenido no posee suficiente entidad como para suponer un peligro para el bien jurídico⁶⁶⁰. De hecho, la posibilidad de que se llegue a dañar o a poner en riesgo algún bien jurídico de interés penal es muy remoto. Siendo esto así, ¿por qué el legislador decide tipificar esta conducta?

La medida no parece atender, una vez más, a una justificación objetiva, sino que de nuevo se enfoca en concepciones de carácter moral, la moral general de la población⁶⁶¹. A pesar de que la doctrina, como ya tendré ocasión de apuntar a lo largo de este apartado, ha denunciado duramente la banalidad de la tipificación de esta conducta por no atender a los principios básicos del Derecho Penal el legislador encuentra en la conducta de la posesión de pornografía infantil un factor de riesgo para algún bien jurídico, al igual que con el autoadoctrinamiento.

⁶⁵⁸ SCHROEDER, “La posesión como...”, Op. Cit., p. 162.

⁶⁵⁹ POLAINO-ORTS, M., *El Derecho Penal del Enemigo ante...*, Op. Cit., p. 269.

⁶⁶⁰ PASAMAR BOLDOVA, M. Á., “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, en *Revista Penal*, n. 38, p. 63.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 51.

La justificación del legislador se basa principalmente en dos argumentos. Por una parte, cree inocentemente el legislador que una mayor demanda de pornografía hará que se incremente la producción⁶⁶², o sea, se basa en el tradicional paradigma oferta-demanda. El legislador, al menos el español, piensa que la ley de la oferta y la demanda imperante en la economía moderna y actual podría influenciar la confección de este tipo de material, es más, lo cree incluso la razón de la elaboración. Sin embargo, y debido al canal por el que se desarrolla el intercambio del material pornográfico, esto es, Internet, la ley de la oferta y la demanda no tiene aquí mucha eficacia. De acuerdo con ESQUINAS VALVERDE no cabe en este fenómeno el funcionamiento de la ley oferta-demanda, pues la información en realidad es intercambiada de forma privada por los sujetos que la consumen⁶⁶³, creando una comunidad de bienes y con un afán incluso solidario no llegando a mediar una contraprestación siquiera. Así las cosas, no tiene sentido pues ampararse en dicha justificación, ya que los sujetos aquejados de pedofilia *a priori* consiguen el contenido pornográfico infantil a través de canales webs, movidos por razones de solidaridad y empatía con las demás personas con la misma orientación sexual^{664/665}.

Por otra parte, la segunda razón principal por la que el legislador considera necesario el reproche penal de la conducta de posesión de pornografía infantil reside en motivos sociológicos. El legislador entiende que, el sujeto que observa dicho

⁶⁶² PASAMAR BOLDOVA, M. Á., “El nuevo concepto de pornografía infantil...”, Op. Cit., 63 y ss.

⁶⁶³ PARRA GONZÁLEZ, A. V., “Pornografía Infantil. Contexto Socio-Criminológico y Jurídico”, en *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 6, n. 1, enero-junio 2016, p. 29.

⁶⁶⁴ De acuerdo con ESQUINAS VALVERDE tanto el visionado como el intercambio de material pornográfico infantil no “empuja” al consumidor a imitar tales conductas o bien a fomentar con su consumo la producción, siendo el único riesgo una sensación de aceptación, percatándose de que forma parte de un grupo de personas que no son comprendidos por la sociedad. *Vid.* ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión...”, Op. Cit., p. 180.

⁶⁶⁵ Poco sentido tiene, empero, que se castiguen de igual forma la posesión de pornografía infantil real como la posesión de pornografía simulada o digital. Las consecuencias pueden ser muy peligrosas si tenemos en cuenta que al no respetarse el principio de proporcionalidad por el hecho los productores de este tipo de material quizás vean más rentable usar menores reales antes que hacerlo de forma simulada o digital pues las penas en ambas conductas serían idénticas. En otras palabras, al sujeto que elabora el material pornográfico infantil ya se expone a un castigo y, al darle la misma entidad al uso de niños reales que a niños ficticios sería más sencillo, barato y rentable para el sujeto el uso de menores reales. De esta manera, es el propio legislador, con su arriesgada y desproporcionada medida el que en realidad está fomentando el uso de menores para contenido pornográfico, creando una situación de riesgo altamente potencial de que el bien jurídico de indemnidad sexual del menor se vea lesionado. Es esto una prueba más de cómo el desatender las normas básicas del Derecho Penal que le aporta garantías al mismo puede ser altamente peligroso para la misma protección de bienes jurídicos y el mantenimiento de la democracia.

contenido no se conformará con el simple visionado, sino que en algún momento pasará la barrera del pensamiento y de su intimidad para poder perpetrar dichas acciones con menores reales⁶⁶⁶. A pesar de los muchos estudios que se han llevado a cabo esta correlación nunca ha sido probada⁶⁶⁷. De modo contrario, muchas evidencias apuntan a que el consumo de este tipo de material pornográfico funciona como un mecanismo catártico, un instrumento de contención de los impulsos sexuales contra menores⁶⁶⁸. Y es razonable, ya que el pedófilo no se arriesgará a cometer una agresión o abuso contra un menor, sino que le bastará con la satisfacción de su apetito sexual en la privacidad de su casa y sin exponerse a riesgos innecesarios.

La razón por la que sí parece responder la tipificación reposa en intereses policiales en favor a la investigación. Desmentidas todas las justificaciones a las que se aferra el legislador es difícil legitimar pues la tipificación de esta conducta desde un punto de vista estrictamente garantista. La verdadera razón de la tipificación de dicha conducta parece apuntar a razones esencialmente político-criminales para facilitar la investigación de dichos delitos. No es desconocido que en la mayoría de los casos resulta complicado para la policía la identificación del sujeto que abusa de los menores en dichos videos, al igual que se presenta complicado probar el momento de la adquisición del material pornográfico⁶⁶⁹. De esta manera, tengo la convicción que en realidad la conducta de posesión de pornografía infantil intenta dar un impulso a la investigación criminal, facilitando la labor de las fuerzas del orden con el fin de proteger a la víctima, aunque esto sea a toda costa.

Esta justificación tampoco ha servido para conformar a la doctrina penal en cuanto a las razones de legitimar la tipificación de la conducta de mera posesión de pornografía infantil. Una de las principales voces que ha reaccionado a esto se materializa en la penalista ESQUINAS VALVERDE, la cual expresa que “no cabe prohibir determinadas conductas, en principio protegidas por el principio fundamental de la libertad y autonomía de los ciudadanos, sólo por el hecho de que se asemejen a otras que sí resulten ilícitas, simplemente con objeto de facilitar la lucha contra estas

⁶⁶⁶ PASAMAR BOLDOVA, M. Á., “El nuevo concepto de pornografía infantil...”, Op. Cit., p. 63 y ss.

⁶⁶⁷ ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión...”, Op. Cit., p. 181.

⁶⁶⁸ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico...*, p. 323.

⁶⁶⁹ SCHROEDER, “La posesión como ...”, Op. Cit., p. 162.

últimas”⁶⁷⁰, dándose además una situación de vulneración de la esfera íntima del individuo⁶⁷¹. El fin no justifica los medios. No es lícito usar una fórmula legal distinta y totalmente desacreditada penalmente para cubrir las deficiencias o dificultades que padecen otros mecanismos. La investigación de un carácter tan privado y reservado como pueden ser los gustos sexuales de una persona que intenta satisfacerse sexualmente en la intimidad de su hogar supone una injerencia que nada interesa al Estado, bien por resultar este aspecto propio de su esfera de intimidad, bien por no suponer un daño a ningún bien jurídico como se ha venido afirmando repetidas veces a lo largo de este análisis.

La colisión del derecho a libertad de pensamiento y privacidad contra el delito de posesión de pornografía infantil es un tema frecuentemente trabajado y estudiado por la Corte Suprema de Estados Unidos. Son numerosas las sentencias en la que dicha corte manifiesta la incompatibilidad de la tipificación de posesión de pornografía infantil con un Estado de Derecho, en el que además se le otorga especial relevancia al derecho a la libertad de pensamiento y al derecho a la intimidad. Los argumentos de la Corte Suprema de Estados Unidos se basan en tres puntos básicamente: la incompatibilidad del Derecho a la libertad de expresión y la prohibición del consumo de pornografía infantil; la inadmisibilidad de la pretensión Estatal por controlar los pensamientos de sus ciudadanos; y la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto que consume este tipo de contenido en un lugar privado como es su casa⁶⁷².

Lo mismo podría decirse pues, en referencia al delito de autoadocctrinamiento terrorista. El sujeto que accede a webs de corte terrorista lo hace desde la intimidad de su estancia, sin que se exija por el precepto que manifieste algún tipo de consigna al tiempo que realiza su consulta. Lo que más encajaría como fruto de la curiosidad amparada en los márgenes del derecho fundamental de libertad de expresión es para el Estado un hecho altamente peligroso, y que con mucha probabilidad se convertirá posteriormente en una conducta aún más grave que puede poner en riesgo un bien jurídico. Existe pues una especie de “presunción de culpabilidad”, en la que incluso la mera posesión de determinado material significa inequívocamente un signo de

⁶⁷⁰ ESQUINAS VALVERDE, “El tipo de mera posesión...”, Op. Cit., p. 179

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. 184.

⁶⁷² *Vid.* las Sentencias Stanley v. Georgia; Ashcroft v. The Free Speech Coalition; Regina v. Sharpe y Osborne v. Ohio.

radicalización violenta. Sin embargo, y como ocurre con el caso de la posesión de pornografía infantil, no existe estudio alguno que correlacione estos dos hechos como origen y causa.

Muchos de los sujetos que consultan páginas webs de naturaleza yihadista realizan esta acción movidos por la mera curiosidad alentada por los propios medios de comunicación. Y aunque el sujeto accediera a este tipo de portales el Estado no está legitimado para decidir sobre la libertad de pensamiento del individuo, y mucho menos para castigarlo por su tendencia ideológica, fruto del ejercicio de un Derecho fundamental⁶⁷³.

Concluyendo, la mera posesión de contenido terrorista no significa que el bien jurídico se haya puesto en riesgo, y mucho menos lesionado. La seguridad de todo un Estado es un elemento de una envergadura tal que resulta imposible, e incluso ridículo, pensar que pueda verse dañado por una conducta tan ínfima como lo es el mero acceso a páginas webs o la posesión de dicho material.

No solo es este el problema del tipo del delito, sino que la verdadera incógnita y dificultad, tanto a nivel penal como procesal, se localiza en realidad en el tipo subjetivo, elemento que analizaremos en las próximas líneas

⁶⁷³ Al respecto GONZÁLEZ CUSSAC expresa que “desde esta perspectiva, los Derechos Fundamentales son la esencia misma de la idea de democracia, erigiéndose en los pilares desde los que se levanta el edificio del Estado de Derecho. Desde este entendimiento, la democracia aparece como un ingenioso sistema de asignación de poderes, con sus delicados equilibrios y sus medios de control. En su seno, el poder punitivo no escapa a este modelo y debe configurarse como orden externo necesario para garantizar la convivencia, desde la idea de libertad como valor supremo del ordenamiento jurídico. Y sin excepciones; ni siquiera la lucha contra el terrorismo puede escaparse fuera de los límites infranqueables de un Derecho Penal de un Estado de Derecho *democrático*.” Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Penal*, n. 19, 2007, p. 62.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA EXPRESIÓN “DE FORMA HABITUAL”

1. Introducción

Ya hemos determinado qué se entiende por el concepto “acceder”, el cual forma parte del elemento objetivo principal de la conducta del autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP. Pero el acceso en sí no es lo que completa la parte objetiva del tipo de la modalidad de acceso, pues además de llevar a cabo el acceso, este no basta con realizarse una vez, sino que para que se complete el tipo objetivo el sujeto deberá además visitar páginas webs “de manera habitual”. Pero ¿qué se entiende por “habitualidad” en este concreto tipo?

Hoy por hoy no existe ninguna sentencia en la que se trate el autoadocctrinamiento terrorista en la comisión de acceso, por lo que resulta complicado determinar qué se entenderá por la expresión “acceda de manera habitual”. Ante este escoyo será necesario recurrir a la doctrina general para determinar el significado más próximo a la “habitualidad penal”.

De acuerdo con SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, la habitualidad “implica una tendencia o inclinación a delinquir, adquirida por la reiteración en la comisión de delitos – en esto consiste un hábito: tendencia estable del carácter, adquirida a través de la práctica y el ejercicio que inclina a la realización de un tipo de acciones”⁶⁷⁴.

De similar forma lo ha manifestado la doctrina del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, advirtiendo que la “habitualidad” es un concepto jurídicamente indeterminado en la vertiente general del concepto. Por interpretación general del concepto de “habitualidad” la STS 717/1997, de 20 de mayo (TOL408.445; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN) expresa que “como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala la habitualidad exige, para poder ser estimada, la repetición de actos de la

⁶⁷⁴ SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33, 2013, p. 99.

Es importante destacar aquí que podría llegar a existir un paralelismo entre la habitualidad y la propia personalidad del sujeto.

misma especie como hábito o costumbre (...) La habitualidad como se ha dicho, no es un concepto jurídicamente definido, como es, por ejemplo, la reincidencia, sino una cuestión de hecho, habiendo declarado la doctrina y la jurisprudencia que se necesitan, al menos tres actos de receptación, cuya constancia formal no es necesaria, a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, por lo que, como tal cuestión de hecho, es de apreciar por el Tribunal de instancia en atención a los elementos de prueba con los que se hubiese contado para formar convicción sobre su concurrencia”⁶⁷⁵.

Siguiendo este esquema, sería necesario que el sujeto repitiese la misma conducta al menos tres veces. Es decir, el legislador entendería que la tercera vez que el sujeto visita una página web de contenido terrorista ya se daría la idoneidad de la conducta para que el sujeto estuviera radicalizado y además con disposición de cometer un delito de terrorismo de más envergadura. El número de veces se coloca pues en tres, pero ¿en qué periodo de tiempo? La duda que surge entonces es: en qué periodo de tiempo el sujeto deberá visitar al menos tres veces dichas páginas, ya que no es lo mismo visitar tres veces dichas webs en un día que hacerlo a lo largo de un año.

2. El delito de autoadoctrinamiento como delito continuado

Para responder a esta cuestión resulta necesario remitirse a la calificación de este delito como delito habitual. El delito de autoadoctrinamiento se podría clasificar en la categoría de “delito continuado”.

En otras palabras, el sujeto cometería el delito de autoadoctrinamiento si visitase, “un mínimo de tres ocasiones en un lapso de tiempo no excesivo”⁶⁷⁶, páginas de contenido yihadista. Esta premisa no es difícil de cumplir, y mucho menos teniendo en cuenta el fácil y barato acceso que la sociedad tiene a dichas páginas webs. Más aún cuando los medios de comunicación bombardean a sus espectadores de forma masiva y reiterada con información de estos grupos terroristas.

⁶⁷⁵ En el presente caso, se enjuiciaba un supuesto delito de receptación de drogas con habitualidad.

⁶⁷⁶ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 210.

A este tenor, podemos incluso hacer un paralelismo, ya que, ¿qué diferencia podría haber entre visitar páginas de contenido terrorista y visualizar dicha información en las noticias? (la cual en numerosas ocasiones muestra videos, imágenes y consignas elaborados por los propios terroristas). El precepto tampoco determina por cuánto tiempo el sujeto debe permanecer en este tipo de portales webs, es decir, no sería lo mismo tres visitas fugaces que una o dos visitas que durasen cada una dos horas. El precepto es demasiado amplio, indeterminado y abstracto como para ajustarse al principio de fragmentariedad y de seguridad jurídica.

Volviendo al elemento meramente cuantitativo, y como advierten CUERDA ARNAU / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, no se especifica qué debe entenderse por habitual⁶⁷⁷, conformándose con el concepto dado por la SAN 11/2017, de 17 de marzo (TOL6.042.471; PONENTE: MANUELA FRANCISCA FERNANDEZ PRADO), por la que se determina que se entenderá por él, el “acceso reiterado y repetido, persistente en el tiempo”. De este modo, “la habitualidad, por tanto, se considera concurrente con la mera acreditación de pluralidad de accesos”, que se podría establecer en un “mínimo de tres ocasiones en un lapso de tiempo no excesivo”⁶⁷⁸. Sin embargo, el número de visitas a las páginas de contenido terrorista no incrementa la posibilidad de radicalizarse y consecuentemente de que asciendan las probabilidades de que este sujeto decida cometer un delito de terrorismo. Por mucho que el legislador español se empeñe en controlar todas las fuentes de peligro (aunque este sea potencial) es inadmisibile que el Estado use sus propias herramientas de un modo abusivo para invadir las conductas más íntimas de la víctima, teniendo en cuenta además que la conducta de acceso no repercute negativamente en la integridad del bien jurídico.

A esto hay que añadir el modo en el que las fuerzas del orden llevarán a cabo el control del acceso de un sujeto a estos portales webs. Me pregunto de qué modo lograrán penetrar en la intimidad del sujeto para demostrar que efectivamente comete un delito de radicalización o, dicho de otro modo, en qué indicio se basarán para demostrar la conducta indiciaria del autoadoctrinamiento. Se estaría cayendo en una reducción al absurdo

⁶⁷⁷ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 209.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 210.

obligando al Estado a recurrir al control de conductas que, aunque indiciarias, son inofensivas y que incluso bien podría considerarse como un derecho del individuo.

Volviendo al tema principal de discusión, la habitualidad podría tener un componente subjetivo. Los hábitos pueden en muchas ocasiones confundirse con la personalidad de una persona. La repetición de ciertos actos puede indicar una tendencia de la personalidad, es decir, una manifestación de cómo es la persona. Así lo expresa FERRER SANTOS allanándose a la idea de HUSSERL cuando defiende que “solo cabe destacar los hábitos, el carácter y la conducción ética de la vida desde una **actitud personalista**, contrapuesta a la actitud naturalista, propia de las ciencias legaliformes de la naturaleza”⁶⁷⁹. Carácter y hábito (derivado de la habitualidad) son equivalentes entre sí, o al menos forman parte del mismo conjunto. A su vez, la Real Academia Española define el concepto personalidad como el “conjunto de características o cualidades originales que destacan en algunas personas”⁶⁸⁰.

“Hábito” puede ser definido como un modo de actuar adquirido, que además es complicado de diferenciar del instinto y a veces necesita necesario para el sujeto en cuestión que padece el hábito⁶⁸¹. Por lo tanto, si es tan similar al instinto que es posible confundirlos es probable que estemos ante un rasgo o manifestación de la misma personalidad del sujeto. De forma paralela y teniendo estos datos en cuenta, resulta interesante volver a señalar que la conducta de acceder no podría llegar a identificarse con los actos preparatorios punibles siquiera.

De las definiciones y equivalencias previamente expuestas no es pues descabellado destacar que la habitualidad en este caso formaría parte de la misma personalidad, más aún cuando la misma conducta de “acceder” carece de suficiente entidad como para lesionar el bien jurídico y además localizándose en un estadio previo a los actos preparatorios punibles, tema al que entraremos en profundidad posteriormente.

⁶⁷⁹ FERRER SANTOS, U., “Hábitos, carácter y personalidad en Husserl”, en *Escritos de filosofía (segunda serie)*, n. 3, 2015, p. 125.

⁶⁸⁰ Definición de “personalidad”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 28/02/2020): <http://dle.rae.es/?id=Sjblp9U>

⁶⁸¹ GROVES, E.R., “Chapter IV. Habit and social continuity”, en *Personality and social adjustment*, Ed. Longsman, Oxford, 1931, p. 49.

Así pues, volvemos a la misma cuestión: ¿se está criminalizando la propia personalidad y, por ende, el pensamiento?

El mero acceso repetido ocasión tras ocasión es lo que define la justificación del verdadero reproche penal, ya que, aunque una sola entrada al contenido no entrañe peligrosidad o lesividad (ni siquiera la visita de páginas de forma repetitiva lo sería en realidad), hacerlo de forma repetitiva sí acarrearía dicha lesividad al supuesto bien jurídico seguridad nacional.

Teniendo esto en cuenta, ¿podría considerarse un elemento esencial para concluir que el acceso habitual conlleva la predisposición a la radicalización y esto a su vez a la voluntad de atentar? Son muchos los factores hipotéticos a los que sería necesario atender y que escapan a la certeza de afirmar que esta consecución de circunstancias podría tener como resultado final la comisión de un delito de terrorismo. De hecho, el acceso reiterado a páginas webs no significa que se radicalice, como tampoco significa que tan solo con una visita no pueda abrazar el fundamentalismo terrorista. Sería necesario para esto analizar la personalidad, circunstancias e incluso el ánimo del sujeto para poder establecer una hipótesis y una relación de probabilidad que determinase la confirmación de que se podría llegar a radicalizar el sujeto siguiendo estos pasos.

El comportamiento terrorista debe reunir una serie de elementos, que, sin ellos, sería complicado establecer una conducta reprochable desde el punto de vista penal. Tal y como manifiesta LAMARCA PÉREZ, “violencia y finalidad política resultan entonces dos elementos inescindibles para la definición del terrorismo en el marco de un Estado de Derecho”⁶⁸², apoyándose de hecho en la SAN del caso Udalbiltza⁶⁸³. Aceptando la premisa de la profesora LAMARCA PÉREZ, es complicado identificar el acceso, aunque

⁶⁸² LAMARCA PÉREZ, C., “La dimensión política del terrorismo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P.M. / RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., ACALDE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M.J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I., RÍOS CORBACHO, J.M., (Coords.), *Libro AMICORUM*: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1337.

⁶⁸³ SAN 2/2011, de 20 de enero de 2011 (TOL2.026.275 / PONENTE: SALVADOR FRANCISCO JAVIER GÓMEZ BERMÚDEZ): “en un Estado democrático quedan fuera del ámbito penal la acción política y las opiniones y manifestaciones ideológicas, gusten estas o no, sean mayoritarias o minoritarias, sean compartidas o no. Y lo hace incluso cuando estas repugnen a la inmensa mayoría, como ocurre con el silencio o la falta de condena de los atentados terroristas”.

este sea habitual, como un comportamiento violento o incluso entrever una finalidad política.

Por muy convencido que esté el legislador, que el sujeto esté en su casa, en su esfera de privacidad, consumiendo contenido terrorista no supone esto un indicio de radicalización, y mucho menos de que el sujeto desee atentar y efectivamente lo lleve a cabo. La habitualidad pues, no conforma un elemento determinante para que surja la peligrosidad en el acceso a páginas webs de contenido yihadista.

La frontera entre conducta criminal y personalidad desaprobada es cada vez más incierta, al igual que lo son los límites entre el Derecho Penal de Autor y el Derecho Penal del Hecho.

Lo que sí verdaderamente caracteriza al delito será el tipo subjetivo, ya que, y además de acuerdo con la Decisión Marco de marzo de 2017 de la Unión Europea en materia de terrorismo, el acceso realizado por un individuo que no tenga la finalidad de radicalizarse para cometer un delito de terrorismo, o lo que es lo mismo, por mera curiosidad o afán de informarse, será considerado atípico⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ De acuerdo con el párrafo 11 de la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo: (...) Por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva.

III. REFERENCIA A LOS CONTENIDOS QUE “ESTÉN DIRIGIDOS O RESULTEN IDÓNEOS PARA INCITAR A LA INCORPORACIÓN A UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO TERRORISTA O PARA COLABORAR EN SUS FINES”. UNA APROXIMACIÓN A LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE SEGURIDAD JURÍDICA Y AL PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD

1. Breve referencia a la expresión “idoneidad para incitar”

Una de las cuestiones más controvertidas es, sin duda alguna, la referencia que hace el legislador a la naturaleza del contenido que se posee o al que se accede a través de portales webs. En cuanto a estos contenidos y de acuerdo con el art. 575.2 CP, se caracterizarán por estar *dirigidos* o por *resultar idóneos para incitar* a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

La fórmula ya induce a confusión y además a realizar un gran esfuerzo por comprender qué es lo que el legislador pretende. No se adelanta una vez la barrera de punibilidad, sino que se llega a aplicar el Derecho Penal al menos dos pasos anteriores a la comisión del delito. Lo que tenemos ante nosotros es la tipificación de la preparación de la preparación. No obstante, de este asunto me ocuparé más profundamente en los próximos epígrafes.

Por el momento, lo que nos ocupa sería intentar comprender que se entendería por contenidos idóneos para incitar a cometer un delito de terrorismo. No obstante, y como creo que sería conveniente para una mejor comprensión, analizaré cada elemento por separado.

La primera fórmula a la que haré referencia será a la expresión “*resulten idóneos*”, es decir, la idoneidad de los documentos para capacitar (radicalizar) al sujeto y que ulteriormente cometa otro delito de terrorismo. La doctrina y la jurisprudencia ya han discutido bastante sobre las consignas idóneas para invitar a una persona a cometer un delito en referencia al delito de apología del terrorismo. De acuerdo con SÁNCHEZ DOMINGO, “El requisito de “idoneidad” se debe interpretar en el sentido de que el

mensaje o consigna, la incitación a la comisión de un hecho delictivo debe ser cuando menos un acto idóneo para promover a la realización de la conducta delictiva, esto es, que objetivamente sean idóneos para cambiar la intención de una persona provocando la realización del delito”⁶⁸⁵.

El sentido al que se refiere el concepto de idóneo es sinónimo al de adecuado. Es decir, el contenido deberá ser de la entidad, fuerza, naturaleza y mostrado en un formato adecuado que sea suficiente para lograr radicalizar al sujeto con el fin de que asuma los dogmas terroristas.

En el contexto concreto de la idoneidad para incitar a cometer un delito, son muy aclaratorias las palabras de ALONSO RIMO al afirmar que el contenido deberá generar la intención de cometer un delito de terrorismo en una persona que previamente al consumir tal contenido no tenía esa voluntad, o al menos no la tenía suficientemente clara⁶⁸⁶. De esta manera, como afirman en este contexto tanto CUERDA ARNAU y FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “entendemos por idóneos aquellos contenidos a los que se acceda habitualmente o los documentos que se adquieran o posean que sean adecuados o apropiados para incitar a cualquiera a la incorporación a un grupo u organización terrorista o para colaborar con ellos o en sus fines. Es decir, deben ser susceptibles de generar en quien acceda a ellos la intención de integrarse en o de colaborar con tales organizaciones o grupos”⁶⁸⁷.

Sin embargo, surge una duda inmediatamente: ¿cómo se sabrá que el consumo del contenido ha resultado eficaz en el sujeto? En otras palabras ¿qué criterios se tendrían en cuenta para corroborar que el sujeto está decidido, gracias a la incitación de los documentos consumidos, a cometer un delito de terrorismo? No existen. A menos que el

⁶⁸⁵ SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Actos de provocación y apología en los delitos de terrorismo: artículos 578 y 579 CP”, en *Actas del I Congreso Internacional de la FICP. Retos actuales de la Teoría del Delito*, p. 4, en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/1ª-sesión.pdf>

⁶⁸⁶ ALONSO RIMO, A., “Los nuevos delitos de ¿Desórdenes? ¿Públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559CP)”, en *Estudios penales y criminólogos*, vol. 35, 2015., p. 370.

⁶⁸⁷ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 214.

sujeto manifieste una voluntad de iniciar la fase externa del *iter criminis* no habrá forma de conocer si llegará a cometer o no un delito⁶⁸⁸.

El precepto parece pretender que se entienda la incitación como provocación, ya que en todo momento lo que le preocupa al legislador es que las consignas tengan tanta fuerza que pueda llegar a provocar al sujeto que las consume para proceder al inicio de la acción.

Para comprender qué se entiende por “provocación” es necesario recurrir al art. 18 CP. Según con el tenor literal del precepto, “la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”. Provocación e incitación son así sinónimos y ambos hacen referencia a “animar” al sujeto para que lleve a cabo un delito en el que él mismo no participa.

Ahora bien, ¿cómo debe ser la incitación? Si volvemos al precepto se pueden identificar al menos tres características propias que debe reunir la provocación para que se constate como delito. En primer lugar, debe haber una consigna, la cual debe materializarse en un contenido adecuado; en segundo lugar, la incitación debe ser directa y concreta, es decir, el emisor de la consigna de forma absolutamente cierta y convencida debe invitar al receptor a cometer un delito; y en tercer lugar, el mensaje debe realizarse por un canal que ofrezca una gran difusión, ya sea a través de radio, televisión o incluso Internet.

A priori, pues, el contenido que revisara el sujeto debería caracterizarse por ser un mensaje directo al receptor para animarlo a cometer un delito de terrorismo publicado en un medio público con gran alcance. Si tomamos de ejemplo una consigna típica de DAESH o AL-QAEDA encajarían a la perfección⁶⁸⁹. Un ejemplo sería la revista DABIQ,

⁶⁸⁸ Igualmente sucede con la incitación al delito de desórdenes públicos (art. 557.2 CP). Acierta ALONSO RIMO al expresar la imposibilidad de prever que una consigna tenga la suficiente entidad o poder de convicción para encender en el receptor el motor que lo empuje a llevar a cabo la conducta típica. *Vid.* ALONSO RIMO, A., “Los nuevos delitos de ¿Desórdenes? ¿Públicos? Especial...”, *Op. Cit.*, p. 372.

⁶⁸⁹ Ahora bien, con respecto a “contenido terrorista” surgen dudas de si en realidad el legislador ha previsto el precepto para la generalidad o bien tenía en mente un colectivo (minoritario) concreto, como lo son los radicales yihadistas. Podría

que no solo reúne victorias de la organización terrorista y homenajes a los caídos, sino que además expone las órdenes del líder de cometer delitos y además explica de forma detallada la manera de llevarlo a cabo. Aquí entonces, sí equivaldría este tipo de contenido de DAESH o AL-QAEDA con lo que el Código Penal español entiende por “provocación”.

Sin embargo, estas organizaciones terroristas no se basan en este tipo de contenido para su fin de radicalizar. Conscientes de que una “radicalización a la carta” o “personalizada” funciona mejor, en la mayoría de las ocasiones, y especialmente con los sujetos más jóvenes, el grupo terrorista entabla una relación privada con el sujeto. Ya salieron a la luz la radicalización por medio de chats privados bilaterales (terrorista-radicalizado) e incluso a través de distintos grupos de compañías de mensajería tales como Telegram⁶⁹⁰.

Como se puede observar pues, la verdadera radicalización, la de real eficacia, se desarrolla de forma privada en chats personalísimos dentro de un grupo reducido de personas. Entonces, ¿no sería esto una manifestación de la libertad de pensamiento y de expresión? Si recordamos la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, este nos recordará en su sentencia 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO): “la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas. La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. (...)”

Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen,

ocurrir que en una página oficial de un organismo oficial de la comunidad autónoma del País Vasco se publicase la programación de un evento en el que se rindiera homenaje a algún terrorista de ETA, aportando junto con la programación, información sobre cada uno de los integrantes a los que se hará referencia, los actos cometidos por los mismos, cómo se llevaron a cabo y además publicar los mismos fines que la propia banda terrorista perseguía con estas acciones.

⁶⁹⁰ La radicalización por grupos se lleva a cabo en distintos estratos. Al inicio del proceso de radicalización el sujeto se encontrará en grupos caracterizados por ser afines a la organización terrorista pero cuyas consignas son generales. Conforme el sujeto vaya escalando en el proceso de radicalización se le irá añadiendo a grupos cada vez más reducidos y más íntimos, hasta llegar a un grupo de no muchas personas en las que sí se llega a compartir información más confidencial y se involucra a todos los individuos en la consecución de los fines de la organización terrorista.

y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.”⁶⁹¹

Habría que estudiar cada uno de los contenidos que el sujeto consume y confrontarlos con lo que el Código Penal español identifica como consigna provocadora con el fin de comprobar que se cumple uno de los incisos del precepto del art. 575.2 CP. Una investigación que atentaría contra, no solo la libertad de pensamiento, sino también contra la presunción de inocencia, ya que presentaría además muchas incógnitas de cómo llegar a ese indicio.

La redacción del art. 575.2 deja más incógnitas que respuestas, lo cual perjudica a la seguridad jurídica y, por lo tanto, a la posibilidad que tiene el individuo de adecuar su comportamiento a la legalidad o por lo menos tener en cuenta una serie de expectativas de acuerdo con el comportamiento realizado. La falta de claridad, de concreción y de certeza constituyen a su vez un ataque al principio de taxatividad, uno de los subprincipios del principio de legalidad, que al mismo tiempo forma la estructura básica de un Estado de Derecho.

2. Jaque al principio de taxatividad y al principio de seguridad jurídica

Decía previamente que el precepto del art. 575.2 CP no presume de claridad y, de hecho, la doctrina española ya apuntó esta carencia y criticó con dureza, llegando a cuestionar incluso su verdadera utilidad penal⁶⁹² y su encaje con el principio de legalidad.

⁶⁹¹ Esta doctrina del Tribunal Supremo ya ha sido puesta de manifiesto en numerosas resoluciones, siendo especialmente relevante en la STS 503/2008, del caso del 11M. Dicha doctrina ha continuado hasta ser un recurso habitual para resoluciones concernientes al nuevo delito de terrorismo.

⁶⁹² FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal”, en CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 57.

Si se recuerda la literalidad del precepto, es posible comprobar cómo ni la conducta (acceso y posesión), ni el objeto (portales webs, contenido terrorista⁶⁹³), ni siquiera la finalidad de los contenidos (estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación)⁶⁹⁴ están dotados de suficiente determinación como para hacerse una idea, al menos inmediata, de la conducta que se pretende castigar.

No obstante, es necesario previamente acotar las fronteras y contenidos del principio de taxatividad y el mandato de certeza, así como su importancia a fin de salvaguardar el Estado de Derecho. De acuerdo con las palabras de CORSALE “la función del Derecho es aquella de aportar la certeza a las acciones: no tiene sentido por lo tanto hablar de Derecho prescindiendo de la certeza”⁶⁹⁵. Hablar pues, de Derecho, significa hablar del principio de legalidad, y este a su vez se corresponde, en buena medida, con la certeza o determinación de la norma, materializándose a su vez en una de sus garantías (*lex certa*).

Para tener una mayor comprensión es necesario recordar que el mandato de certeza no se basará en el “qué”, sino que se concentrará en el “cómo”, en el ámbito formal⁶⁹⁶, o lo que es lo mismo, en el modo en el que se expresan estas normas. Esto exigiría escapar tanto de vaguedad, del uso de cláusulas generales y demasiado abstractas, como de la tipificación casuística^{697/698}.

⁶⁹³ Este punto además se ve más perjudicado por el mismo hecho de que no existe un concepto unitario, general e internacional sobre qué se entendería por terrorismo. Este concepto, o mejor dicho, esta falta de concepto, además está desencadenando numerosos problemas ya que el terrorismo es usualmente usado como recurso para encuadrar cualquier conducta que atente contra el Estado. Es tan grave la situación que se están empezando a identificar con este concepto conductas que más bien tendrían encaje en desórdenes públicos, véase el caso del corte de carreteras y autopistas en Cataluña con ocasión de las protestas contra el Gobierno en relación con la Declaración Unilateral de Independencia. Es más, en muchos casos ya no es imprescindible incluso el elemento de “violencia”, como es el ejemplo de los delitos de apología del terrorismo o el delito mismo de autoadoctrinamiento terrorista.

⁶⁹⁴ Ya explicaré que en absoluto podría entenderse adecuado conforme al Derecho Penal y al principio de legalidad.

⁶⁹⁵ CORSALE, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970, p. 15.

⁶⁹⁶ NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y...*, Op. Cit., p. 3.

⁶⁹⁷ Para PALAZZO, “el principio de taxatividad prohíbe al legislador la formulación de normas a través del uso de listas ejemplificativas de hechos o de casos (...) La obligación de taxatividad se traduce en la prohibición de la analogía”. Vid. PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979, p. 6.

⁶⁹⁸ Esto puede hacer que se caiga en la llamada “hipertrofia” tal y como señala LÓPEZ DE OÑATE. De acuerdo con este autor, se trata del fenómeno en el que el legislador, obsesionado por la idea de reunir todos los casos en la norma, lo cual resulta contraproducente. En realidad, de esta forma hace que otros supuestos escapen a dicha tipificación. Vid. LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certezza del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953, p. 98.

A la luz de estas características ya se ha puesto de manifiesto que el principio de taxatividad cumple una función garantista y su flexibilización, ya sea por el abuso de fórmulas abstractas o el uso de una redacción extremadamente casuística, traería como consecuencia el quebrantamiento del resto de principios, en especial de los principios de lesividad, subsidiariedad y fragmentariedad, y el principio de la personalidad de la responsabilidad⁶⁹⁹.

El delito de autoadocctrinamiento coincide con estas consecuencias. La generalidad de su precepto provoca que su bien jurídico sea complicado de identificar *a priori*, al mismo tiempo que no resultará sencillo determinar de qué forma se dañará este bien jurídico (recordemos que es indeterminado o muy complicado de determinar) y en qué medida la conducta podría menoscabar el bien jurídico penalmente relevante. Así, no sé entiende a simple vista qué formaría parte del concepto de “orden público” o “seguridad ciudadana”; como tampoco sería posible determinar cómo se llevaría a cabo el acceso o la posesión⁷⁰⁰ y en qué medida estas conductas podrán lesionar o poner en riesgo el “orden público” o la “seguridad ciudadana”, si es que en algún caso fuera posible. La consecuencia más directa de la aplicación del art. 575.2 CP conllevaría a un uso anticipado del Derecho Penal, ya que no se ha materializado una acción con suficiente entidad como para siquiera poner en riesgo la seguridad ciudadana, por lo que el principio de subsidiariedad y de ultima ratio quedan menoscabados.

Pero, ahora lo que es verdaderamente relevante sería el principio de taxatividad y su naturaleza dual límite-garantía. Dicho principio no solo supone un límite a los poderes estatales, sino que también funciona como garantía, una “hoja de ruta” (por así decirlo), para dirigir el comportamiento de los individuos⁷⁰¹.

En primer lugar, analizaré el principio de taxatividad como límite a los poderes del Estado, para a continuación seguir con un análisis del principio en su vertiente “garantista” con respecto al individuo.

⁶⁹⁹ MOCCIA, S., *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001, p. 31.

⁷⁰⁰ Ya se hizo referencia al inicio de este Capítulo la gran dificultad para encajar estas conductas en el concepto de “acción”, ya que pertenece más bien a un rasgo de la personalidad que a una conducta propiamente dicha.

⁷⁰¹ PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza...*, Op. Cit., p. 170.

De todos es sabido que la Democracia nace con la separación de poderes atribuyéndosele a cada uno de ellos una función específica, rechazándose que puedan invadir la parcela de los otros dos poderes. De esta manera el poder legislativo será el encargado de elaborar las leyes, al poder ejecutivo se le asignará la función de aplicar las leyes; y por último, el poder judicial se le asignará la función de juzgar. Aunque parezca que el principio de taxatividad esté relacionado de manera muy remota, lo cierto es que la determinación juega un papel esencial. Es el mandato de certeza el que obliga al legislador a concretar la norma, de forma que el juez no podrá ejercer de “legislador” improvisado, consiguiendo que su actividad interpretativa no exceda la frontera.

Ampliar el poder judicial desequilibraría la balanza de poder de los poderes públicos, valga la redundancia. Extrapolando esto a las consecuencias de la aplicación del delito de autoadoctrinamiento terrorista la situación resulta reveladora. Debido a que el tenor literal del art. 575.2 CP destaca por la generalidad y la indeterminación de sus elementos, como ya he tenido numerosas ocasiones de señalar, me referiré solo al factor más claro y problemático.

En cuanto a la expresión “contenido de carácter terrorista”, el juez se ve en la necesidad de colmar de contenido dicha expresión a la hora de juzgar el delito, pudiendo darse la posibilidad de una extralimitación por parte del juez, dejándose de conservar el verdadero espíritu de la que el legislador pretendía dotarla. El juez pues, podría entender por “contenido de carácter terrorista” desde una cuenta de la red social Facebook hasta un ejemplar de la revista “DABIQ”, pasando por inofensivas webs que bien podrían incluso concretarse en portales institucionales promocionando una manifestación para exigir el acercamiento de los presos de ETA, siendo esta completamente legal y legítima, amparado por un Derecho Fundamental.

La seguridad jurídica, por lo tanto, se vería comprometida, poniendo en entredicho, al mismo tiempo, el principio de igualdad. En otras palabras, se podrían entender distintas situaciones por la misma expresión y, por ende, condenar (o no) de forma diversa la misma circunstancia.

A esto se le suma además lo complicado que resulta su comprensibilidad por parte de la población, lo que constituye un grave problema. Así, si el individuo no puede llegar

a comprender la norma, ¿cómo podrá entonces adecuar su comportamiento al Ordenamiento Jurídico?

Como ya apunté más arriba, el principio de taxatividad no solo sirve de límite para los poderes, sino que al mismo tiempo funciona como una garantía para el individuo. Esta garantía se materializa en la seguridad jurídica, en tanto que los miembros de la sociedad puedan comprender la norma y en consecuencia conocer qué conductas serán castigadas y cuales no⁷⁰². Resulta este punto de máxima importancia, ya que el individuo podrá adecuar su comportamiento a la norma debido al efecto intimidatorio resultante⁷⁰³.

Recordando que el destinatario último de la norma es el individuo⁷⁰⁴, estos tienen el derecho a saber (al menos a tener la oportunidad de saber) dónde se sitúa la línea fronteriza entre lo lícito y lo ilícito en el momento anterior al desarrollo de sus acciones, solo de esta manera se podrá asegurar una verdadera libertad⁷⁰⁵.

Teniendo esto en cuenta cabe preguntarse si el tenor literal del art. 575.2 CP inspira seguridad jurídica y cognoscencia del individuo. Dicho precepto ya ha resultado de difícil comprensión para penalistas y, por lógica será mucho más complicado de entender por el ciudadano medio. El margen tan general y el uso de conceptos con varios significados o significados amplios hacen titánica la misión de determinar la conducta que se castiga y los elementos conexos en torno a la misma.

A lo largo de este Capítulo destaqué las flaquezas del precepto, desde sus conductas generales (acceder y poseer) hasta elementos tan importantes como puede ser la “habitualidad” o el “contenido de carácter terrorista”. Aún así, la situación en este caso empeora, pues a esto se le suma que la conducta que prohíbe el art. 575.2 CP se “camufla” entre las arenas fronterizas del ejercicio de un derecho fundamental, el derecho fundamental de libertad de pensamiento o de información (art. 16 CE).

⁷⁰² LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza...*, Op. Cit., p. 98 / NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación...*, Op. Cit., p. 54.

⁷⁰³ CARUSO FONTÁN, M.V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 169.

⁷⁰⁴ LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza...*, Op. Cit., p. 135.

⁷⁰⁵ PALAZZO, F.C., *Il principio di determinatezza...*, Op. Cit., p. 166.

Esta circunstancia podría llevar al sujeto a confusión al creer que en realidad está simplemente ejerciendo su derecho, cayendo o bien en un error de tipo o bien dándose una causa de justificación, aspectos a los que me referiré más adelante.

Esta redacción oscura, confusa y deficiente no es en absoluto admisible, más aún cuando se trataría, en todo caso, de un acto preparatorio o, mejor dicho, protopreparatorio⁷⁰⁶, en las que se debería prestar especial atención a la hora de redactar, ya que constituyen conductas muy alejadas de la lesión y de la propia puesta en peligro⁷⁰⁷.

La omnicomprensión, o la intención de onmicomprensibilidad, el art. 575.2 CP llegaría incluso a afectar al pensamiento, pasando de puntillas por el principio de responsabilidad por el hecho, al más puro estilo de la “policía del pensamiento” de la novela 1984 de Charles Orwell. Con este escenario, ¿se ha abierto a los poderes el Estado la puerta a la arbitrariedad, y por ende, a la imposición de una moral común? ¿Está el Estado asumiendo la función de elegir qué contenidos puede consumir un individuo y cuáles no?

⁷⁰⁶ Así lo define la doctrina jurisprudencial en la STS 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO): “Menos aún que la voluntad del acusado fuera la de que tal adquisición de conocimientos se encaminara a la activación o estimulación de su voluntad de llevar a cabo actos no solamente consecuentes sino que fueran, además de delictivos en general (lo que sería atípico), alguno de los delitos de terrorismo que se tipifican en el Capítulo VII del título XXII del libro II del Código Penal.

La ausencia de tal predicamento en el relato de lo probado desvanece todo vínculo entre el comportamiento descrito y aquella actividad terrorista de la que, por ello, no podemos tildar que la conducta del acusado sea ni siquiera protopreparatoria, en el sentido más arriba expuesto”.

⁷⁰⁷ ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre de 2017, p. 61.

IV. EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO Y EL PRINCIPIO DEL HECHO. ¿LA IRRUPCIÓN DEL DERECHO PENAL DE AUTOR?

1. Introducción

A lo largo de este Capítulo se ha puesto de manifiesto ciertas características del delito de autoadocctrinamiento terrorista. En primer lugar, se destacó la poca entidad que caracteriza las conductas tipificadas, tanto el acceso como la posesión. Estas “acciones” bien podrían encontrarse más relacionadas con la fase interna del *iter criminis* que con la fase externa o los actos preparatorios punibles.

La poca sustancia de las conductas de acceso y posesión carecen de encaje con el principio de ofensividad del bien jurídico, así como también supone un adelantamiento desproporcionada de las barreras de punibilidad del Derecho Penal.

A esto se le suma la falta de taxatividad de la mayor parte de las expresiones del tenor literal del precepto, induciendo a una carencia de consciencia de la frontera entre licitud e ilicitud.

Cada vez son más los argumentos que apuntan a una nueva dirección del Derecho Penal actual, materializándose en este delito precisamente. Así, quedan menos opciones que “libren” al delito de autoadocctrinamiento del calificativo del Derecho Penal del Enemigo, encajando en un Derecho Penal de Autor. ¿Se respeta pues, el principio del hecho? ¿Se ha dado, por el contrario, un paso más hacia la afirmación de dicho delito como un delito propio de un Derecho Penal de Autor y, en consecuencia, un Derecho Penal del Enemigo?

Para responder a estas incógnitas en primer lugar haré referencia a continuación a la esencia del principio del hecho en contraposición con el Derecho Penal de Autor con los fines, por un lado, de exponer las consecuencias de este tipo de modelo de Derecho Penal con respecto al Derecho Penal Garantista; y por otro lado, verificar si el art. 575.2

CP respeta el principio del hecho o si por el contrario es la punta de lanza Derecho Penal del Enemigo que penetra cada día mas en el Estado de Derecho.

2. El principio del hecho y su crisis. La irrupción del Derecho Penal de Autor en nuestro Derecho Penal

2.1. Derecho Penal del Hecho. Base del Estado de Derecho

Si se creía que atrás quedaba ya la criminalización del pensamiento o meros caracteres de la personalidad, actualmente existen manifestaciones que ponen en tela de juicio que se siga manteniendo vigente (y respetando) el principio hecho⁷⁰⁸.

El principio del hecho, o lo que es lo mismo, la obligación de punir exclusivamente “hechos”, constituye una de las más importantes victorias de la Ilustración. Dicho principio es irrenunciable cuando se habla de Estado de Derecho o Democracia.

Y es que la afirmación de un sistema democrático significa asimismo aceptar distintas concepciones, diferentes pensamientos y el respeto de diversas formas de ser o personalidades. Teniendo esto en cuenta y aplicando la lógica, por exclusión, solo será posible, al menos en un sistema democrático el “castigo” de “hechos” resultado de conductas humanas⁷⁰⁹.

De este modo, autores como CANCIO MELIÁ expresan que, de acuerdo con este principio, “ha de excluirse toda responsabilidad por meros pensamientos”⁷¹⁰. El principio del hecho pues será el que establezca la base por la cual se determine la culpabilidad de un sujeto, como en numerosas ocasiones ha manifestado el Tribunal Constitucional, siendo una de las más relevantes la STC 150/1991, de 4 de julio (TOL80.562; PONENTE: LUÍS LÓPEZ GUERRA), por la que sienta doctrina en cuanto a que la culpabilidad

⁷⁰⁸ Véase ampliamente CEREZO MIR, J., “Culpabilidad y pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 33, Fasc. 2, 1980, p. 347.

⁷⁰⁹ CARUSO FONTÁN, M. V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Principios y garantías...*, Op. Cit, pp. 207 y ss.

⁷¹⁰ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización...”, Op. Cit., p. 261.

derivará del “hecho” cometido y no de la forma de ser del sujeto. Principio del hecho y principio de culpabilidad quedan así relacionados, lo que no solo ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo⁷¹¹, sino que además podemos leer opiniones en la misma línea, como lo es por ejemplo la de CUESTA AGUADO “el principio de responsabilidad por el hecho es un principio efectivamente estructural de nuestro Ordenamiento Jurídico –en el sentido de configurador de la orientación de nuestro sistema penal–, y de él se deriva que la culpabilidad sólo puede ser generada por el hecho realizado y no por la propia personalidad o forma de vida –Derecho Penal del Hecho–. (...) la responsabilidad solo se puede generar como consecuencia de un comportamiento en relación con un hecho y no en una forma de ser de pensar o de vivir”⁷¹².

Se trata de un razonamiento lógico. Teniendo en cuenta el principio de lesividad, así como también la dificultad intrínseca de demostrar meros pensamientos que aún no se han manifestado (al menos no de una forma explícita y con suficiente entidad como para desvirtuar el principio de presunción de inocencia), la lógica “exige” que se incriminen únicamente hechos, de lo contrario se traspasaría la frontera hacia un Derecho Penal de Autor^{713/714}.

Esta ha sido la tendencia tradicional del Derecho Penal Garantista: la tipificación de hechos, los cuales son posibles de demostrar mediante prueba en un proceso penal y que verdaderamente pueden causar una lesión o una puesta en peligro del bien jurídico.

Pero recordemos que el delito de autoadoctrinamiento difícilmente responde a una pretensión de proteger bienes jurídicos y que mucho menos las conductas de acceso y posesión podrían dañar dicho supuesto bien jurídico. Todo apunta entonces, a un quebrantamiento de los principios del hecho y el de ofensividad, hasta llegar a un Derecho Penal más subjetivo, enfocado sobre todo en la personalidad y en la forma de ser de la

⁷¹¹ De acuerdo con la misma sentencia (STC 150/1991, de 4 de julio): “pues sólo un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho es compatible con la Constitución”.

⁷¹² DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, p. 57.

⁷¹³ ARROYO ZAPATERO, L., “Lección 7. Derecho Penal y Constitución”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, p. 156.

⁷¹⁴ De acuerdo con FERRAJOLI, “se pueden configurar como delictivas, en garantía al mismo tiempo de las libertades y de la igual dignidad de las personas, solamente las acciones nocivas y no los sujetos nocivos”. Vid. FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad ...”, Op. Cit., p. 110.

persona, con el único fin de su neutralización como fuente de peligro para el Estado. Podría parecer un ejemplo aislado, pero lo cierto es que, y como ya adelanté en el Capítulo I, el Derecho Penal del Enemigo se ha estado infiltrando en el sistema jurídico democrático de puntillas, en pequeñas dosis. De este modo el delito de autoadoctrinamiento, aunque es el ejemplo más claro, no es el único “espécimen” de este fenómeno.

2.2. Derecho Penal de Autor. ¿El pensamiento no delinque?

En contraposición al Derecho Penal del Hecho se encuentra el Derecho Penal de Autor. A diferencia del Derecho Penal del Hecho, el Derecho Penal de Autor no basará la culpabilidad en la conducta cometida por el autor (o las que vaya a cometer inminentemente), sino que se concentra en las características personales del autor, “hacia el autor mismo”⁷¹⁵. Esta característica rechina con el estándar de Estado de Derecho, con el Derecho Penal de Garantías, ya que, además de por otras razones, por desatender el principio del hecho, acercándose cada vez más a un Derecho Penal del Enemigo⁷¹⁶.

Ya se analizó en el Capítulo I la tesis de JAKOBS, en la que se expone un Derecho Penal desigual, un Derecho Penal Garantista para aquellos que garanticen una seguridad cognitiva en su conducta, y un Derecho Penal prescindiendo de ciertos Derechos Fundamentales y procesales al significar una fuente de peligro constante para el Estado, rechazando el sistema y con el propósito incluso de destruirlo⁷¹⁷. No voy a ahondar de nuevo en las principales características de este modelo penal, pues me remito a todo aquello que expuse en el Capítulo I, pero sí me referiré a algunos rasgos que serán de ayuda para determinar la verdadera naturaleza del delito de autoadoctrinamiento.

⁷¹⁵ CARUSO FONTÁN, M. V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Principios y garantías...*, Op.Cit., p. 208

⁷¹⁶ Y así lo manifiesta DEMETRIO CRESPO cuando dice que “(el Derecho Penal del Enemigo) abandona el principio básico del Derecho Penal del Hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias ya históricamente conocido como “Derecho Penal de Autor”. *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E. “Del “Derecho Penal liberal” al Derecho Penal del Enemigo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006, p. 70.

⁷¹⁷ JAKOBS, G., “Derecho Penal del ciudadano...”, Op. Cit., p. 56.

Lo importante es, por lo tanto, identificar a aquellos sujetos que no estén en “armonía” con el resto, que no respeten la “moral común” o moral mayoritaria”⁷¹⁸. Pero, no basta solo con esta identificación, sino que dicho paso es la antesala de su neutralización, del rechazo del individuo cuyos pensamientos no coinciden con la subjetividad general de la sociedad, característica que infunde un gran temor a la sociedad por un eventual ataque en el futuro. Es esta la incertidumbre cognitiva de la que habla JAKOBS, la cual hace que se niegue el tratamiento de este individuo como “persona”⁷¹⁹. Esta negación de ser considerado como “persona” consiste en “recortar” o “reducir” ciertos Derechos Fundamentales y muchas de las garantías procesales, poniendo además al servicio del Estado el Derecho Penal, permitiendo a las instituciones una flexibilización de muchos de los principios político-criminales y garantistas, de entre los que más afectado queda es el principio del hecho.

El foco de la culpabilidad da un giro de 180° para abandonar el terreno de los hechos y concentrarse en las personalidades peligrosas, en aquellos individuos que tienen “más probabilidades” de cometer un delito grave basándose esta hipótesis en el estilo de vida del individuo⁷²⁰.

A la luz de estos argumentos e invocando las palabras de CANCIO MELIÁ, podemos concluir que “el Derecho Penal del Enemigo es incompatible con el principio del hecho”⁷²¹. A pesar de la gran discrepancia, esto no ha sido obstáculo para encontrar en nuestro Ordenamiento Jurídico tipos penales con rasgos propios del Derecho Penal de Autor, esto es, el Derecho Penal del Enemigo.

No solo el delito de autoadocctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP) reúne particularidades de un Derecho Penal de Autor, sino que, a lo largo de las numerosas reformas del Código Penal español llevadas a cabo desde el año 2010, se han

⁷¹⁸ Recordemos que ya quedó claro en el Capítulo III que el delito de autoadocctrinamiento, al igual que muchos otros tipos penales de similar índole, una parte de la doctrina ha concluido en afirmar que, de existir un bien jurídico, este parecer ser una “moral común o general”, la cual el Estado tiende a proteger y, para ello, neutraliza a los sujetos que se desvincula de la misma, es decir, que concilian con otra forma distinta de pensar.

⁷¹⁹ JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano ...”, Op. Cit., pp. 47.

⁷²⁰ FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad ...”, OP. Cit., p. 112.

⁷²¹ CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho Penal del Enemigo...”, Op. Cit., p. 100.

incrementado los tipos penales que pretenden, de forma más o menos encubierta, castigar aspectos más exclusivos de la forma de ser o de pensar del individuo.

De las primeras tipificaciones que pusieron en entredicho el principio del hecho se encuentran los llamados “delitos de estatus”, siendo el principal paradigma el delito de pertenencia o integración en grupo u organización terroristas.

Este delito pertenece al grupo de tipos penales redactados de forma abstracta, por lo que no está muy claro en qué consistiría esta “pertenencia”. Si acudimos a la definición dada por POLAINO-ORTS este determina que en el delito de pertenencia “se sanciona al terrorista por el mero hecho de agruparse o asociarse, esto es, por el solo hecho de confirmar lavanda armada y de tener, en consecuencia, el estatus de la misma”⁷²². Analizándose en profundidad la presente definición, la conducta que subyace sería “mero hecho de agruparse”, lo cual denota una levisima entidad, rozando la simple forma de pensar de un sujeto que comulga con un grupo de personas.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ por su parte, da un paso más y profundiza en que el núcleo de esta conducta es el mantenimiento de la organización armada, opinando que “sanciona las distintas formas de contribuir al mantenimiento de la organización con independencia de los delitos que se cometen en el seno de la misma”⁷²³.

Ambas definiciones no concretan la idea que se ha de tener de la conducta tipificada en el delito de pertenencia, pero en las dos se denota la poca determinación de la conducta y además, en una de ellas se confirma la autonomía de este delito de pertenencia con la comisión del resto de los delitos de terrorismo. Según la lógica las “formas de contribuir” a las que hace referencia MÉNDEZ RODRÍGUEZ serían precisamente la comisión de delitos de terrorismo, ya que es la misma esencia de los fines terroristas o, al menos, la preparación de los mismos. Entonces, por exclusión, solamente permanecería en el concepto de permanencia la “adhesión” o la “comunidad” con el ideario del grupo terroristas, esto es, el pensamiento.

⁷²² POLAINO-ORTS, M., *El Derecho Penal del Enemigo ante ...*, Op. Cit., p. 291.

⁷²³ MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 24 (2014), p. 541.

A todas luces, y allanándome con las palabras de CANCIO MELIÁ el delito de permanencia representa uno de los mayores exponentes del Derecho Penal del Enemigo pues, además, “se comprueba que los actos concretamente realizados para la integración en una organización criminal son previos conceptualmente a toda preparación o participación respecto de una infracción concreta: desde la perspectiva de los bienes jurídicos individuales, constituyen supuestos de pre-preparación o proto-participación”⁷²⁴.

Por su parte la jurisprudencia tampoco disipa la duda en la determinación del concepto de “pertenencia”, al contrario, lo acerca aún más a la referencia del pensamiento del individuo. De acuerdo con la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, en concreto en la SAN 71/2009, de 23 de octubre (TOL1.761.573; PONENTE: ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN): “supone un ponerse a disposición”⁷²⁵. La interpretación, como ya vaticiné, parece orientarnos a estratos anteriores al inicio de cualquier conducta que de lugar a la comisión de un delito, confirmándose aún más las sospechas de que el delito de pertenencia a Organización o grupo terrorista resulta un paradigma del Derecho Penal del Enemigo, al distanciarse demasiado de la perspectiva del hecho producido y por la asunción, en cambio, de la potencialidad del hecho que podría llegar a producirse.

Se podría pensar en que dicho adelantamiento reside en una importante razón, en una justificación poderosa, pero lo cierto es que el motivo principal de la tipificación de esta “conducta” reside en la alta peligrosidad que supone la existencia (y por lo tanto apoyo) de este tipo de grupos para las estructuras democráticas⁷²⁶. Esto se afirma tanto

⁷²⁴ CANCIO MELIÁ, M., “El injusto de los delitos de organización...”, Op. Cit., p. 247.

⁷²⁵ De acuerdo con el tenor literal de la STS 977/2012 de 30 octubre (TOL2.704.509; PONENTE: ANTONIO DEL MORAL GARCÍA) “Hay que acreditar tanto el conocimiento de esa vinculación con la banda como la disposición para colaborar activamente con ella. Así como no es concebible una militancia en ETA o cualquier banda armada que per se no suponga como algo inherente una genérica disponibilidad para atender a las instrucciones y asumir tareas al servicio de la banda, en el escalón de esas “organizaciones” adyacentes, enlazadas inequívocamente con ETA pero que estratégicamente alimentan una imagen de teórica separación, es imaginable la integración de personas que, compartiendo ideología e incluso simpatizando con la banda criminal, ostentan una pertenencia predominantemente formal, no acompañada de esa disponibilidad para colaborar activamente o de la conciencia de que esa actividad se pone al servicio de ETA. Esta mera adscripción formal será insuficiente para dar contenido al tipo penal. Es imprescindible una voluntad de colaboración mediante acciones con la actividad de un grupo que se sabe terrorista”.

⁷²⁶ JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano ...”, Op. Cit., p. 42.

en la Exposición de motivos de la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010⁷²⁷, como por parte de la jurisprudencia, como ya lo determinó el Tribunal Supremo en su sentencia 289/2014, de 8 de abril (TOL4.224.777; PONENTE: MANUEL MARCHENA GÓMEZ) “se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal”.

El delito de pertenencia a organización o grupo terrorista se configuraría en torno a una remota y supuesta amenaza, una amenaza que no se ha materializado aún en algún tipo de conducta sustancial y propiamente dicha.

Si el delito de pertenencia a organización o grupo terroristas reúne los suficientes “motivos” como para que sea la única excepción a la regla del principio del hecho, lo cierto es que el legislador no se ha contentado con ello. Otro delito que levanta ampollas es el delito de odio (510 CP). No se trata de un delito nacido originariamente en el seno de las cámaras legislativas españolas, sino que se trata de una propuesta de la Unión Europea, surgiendo además innumerables conflictos en el Ordenamiento Jurídico español.

El problema que detona la fricción entre el delito de odio con el resto del Ordenamiento Jurídico reside principalmente en la distinta naturaleza de la institución “origen”, esto es, la Unión Europea; y la institución “receptora”, o sea, España.

Tenemos que remontarnos a los totalitarismos del pasado siglo para encontrar la razón del interés de la Unión Europea en castigar el discurso del odio, objeto del delito de odio. Estos totalitarismos fueron los precursores esenciales para el estadillo y el mantenimiento de la II Guerra Mundial (en adelante IIWW)⁷²⁸. Las consignas de odio manifestadas por Hitler en cada uno de sus vigorosos discursos encendieron la llama del

⁷²⁷ El mismo preámbulo de la LO 5/2010, de 23 de junio de 2010, dice así: “La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes”.

⁷²⁸ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14-02, 2012, p. 8.

rechazo a ciertos grupos de personas, dando lugar no solo al conflicto, sino además a un exterminio masivo de una gran parte de la población mundial en campos de concentración. Es lógico y razonable que la Unión Europea a la hora de elaborar el Convenio Europeo de Derechos humanos basara todo el elenco de dicha norma en la dignidad humana. De esta forma, no son pocas las veces que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se ha pronunciado al respecto, destacando que “resulta necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”⁷²⁹. El documento cuenta incluso con una “cláusula de abuso de derecho” precisamente para salvaguardar la dignidad⁷³⁰.

Por otro lado, se encuentra el Ordenamiento Jurídico español, cuya norma suprema se materializa en la Constitución Española de 1978 (en adelante CE). La experiencia de España fue bastante distinta a la de la Unión Europea. Posteriormente a una Guerra Civil que dejó devastado al país, y de una fuerte dictadura en la que los derechos de los ciudadanos se veían subrogados por los del propio régimen, la Constitución española presume ahora de establecer su máxima en la libertad, especialmente en la libertad de expresión. De hecho, tal es el margen de ejercicio del derecho de libertad de expresión que ofrece la CE que esta asimismo ampara a aquellos pensamientos contrarios al Estado de Derecho⁷³¹.

Sin embargo, y con la entrada de España como miembro de la Unión Europea y la cesión de ciertas potestades, España introduce en 2010, por recomendación de la Unión Europea el delito de odio, totalmente contrario, como hemos visto, con el margen de ejercicio que brinda la CE.

El odio es un sentimiento como otro cualquiera, como por ejemplo el amor; es algo inherente al ser humano, para la persona resulta normal tanto amar como odiar, es una necesidad del individuo para poder conformar su cosmovisión. El odio conforma una

⁷²⁹ STEDH de 8 de julio de 1999, caso Surek c. Turquía (TOL6.594.886; PONENTE: MR. L. WILDHABERT (PRESIDENT)): “Resulta necesario, en las sociedades democráticas, sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia”.

⁷³⁰ FREIXES SANJUÁN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995, p. 105.

⁷³¹ ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y...” Op. Cit., p. 9.

pieza fundamental de lo que podría llamarse el “puzle” de la personalidad de un sujeto. La Democracia, como ya expresé anteriormente, permite la convivencia de distintas personalidades y modos de pensar, lo que hace que confluyan y que, en algún momento, se de un enfrentamiento entre ideas contrarias, dando lugar a un debate y a un enriquecimiento del pensamiento de la sociedad⁷³².

No obstante, el afán de omnipresencia del Estado interfiere ya en la vocación de controlar qué contenidos consumir, como es el caso del delito de posesión de pornografía infantil o el delito de autoadoctrinamiento, a que grupo adherirse ideológicamente, siendo el ejemplo del delito de pertenencia a organización o grupo terrorista, y qué tipos de pensamientos manifestar, entrando incluso a vigilar qué es lo que está el sujeto legitimado para odiar y lo qué no. Resulta curioso cómo el Estado presume al individuo incapaz de gestionar la información por sí mismo, ejerciendo este por así decirlo, como una especie de tutor o “protector de la moral mayoritaria” para moldear su voluntad, sin pararse a pensar, que quizás el mejor remedio para “sanar” el odio no sería prohibirlo, lo cual acentuaría aún más la atracción a él, sino el contraste de opiniones, el debate⁷³³.

Actualmente, son muchos los casos que se llevan ante un proceso penal por “delitos de odio”. Ya no son considerados como por parte de la libertad de expresión, sino que han ocupado un papel más perverso, algo así como una invitación a “odiar”, una incitación a delinquir. Así lo ilustra la doctrina jurisprudencial consolidada cuando afirma que “no se trata de penalizar el 20 CE, sino el discurso del odio en el que se basan los grupos terroristas”, lo cual consideran que se trata de una manifestación de la intolerancia “más absoluta” que lleva al mismo tiempo a la que llaman “pérdida del pluralismo político y violación extrema de los Derechos Humanos”, lo cual no merece el amparo de la libertad de expresión⁷³⁴. Sin embargo, considero que el razonamiento del Tribunal es erróneo. Aunque la manifestación de la opinión de un sujeto sea reprochable moralmente,

⁷³² Y es el caso del trasfondo del objeto principal del delito de autoadoctrinamiento terrorista, esto es, el pensamiento radical del sujeto, ajeno a cualquier ideario general de la sociedad. Sin embargo, es legítimo en un Estado de Derecho que permite a sus miembros disponer de una libertad de pensamiento sin límites, siempre y cuando ese pensamiento no trascienda a la realidad y lesione o ponga en grave riesgo un bien jurídico.

⁷³³ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, enero abril, 2009, p. 302.

⁷³⁴ ZARAGOZA AGUADO, J., “Artículo 578”, en GOMÉZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 670.

en ningún momento merecería una intervención penal, ya que es simplemente eso: una manifestación de ideas, y como recuerda BILBAO UBILLOS “no es lo mismo opinar que incitar”^{735/736}. Es más, si fuera una incitación o si extralimitara los márgenes de la mera manifestación de ideas dejaría de considerarse automáticamente como un ilícito de odio para calificarse más correctamente como un tipo penal de “apología o enaltecimiento del terrorismo”.

Y es que por mucho que el Estado se empeñe en crear una moral social general, esto resulta inconcebible además de incompatible con el Estado de Derecho. La naturaleza del ser humano es instintiva, propia e intrínseca a su ser, sentimientos además que no se puede evitar que sean experimentados por un sujeto. A favor de este punto recientemente se publicó la STS 95/2018 de 26 febrero (TOL6.525.748; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO)⁷³⁷, o más conocido como el caso Cassandra. En dicha resolución el TS deja patente que “el Derecho Penal **no** puede **prohibir el odio, no** puede **castigar** al ciudadano que **odia**” (énfasis añadido). Y así es, si se coarta la libertad de odiar, la libertad de expresar un sentimiento aun siendo en términos no políticamente correctos se destruirá la opinión pública y con ella la libertad de expresión, lo cual imposibilitaría la vigencia de un “régimen constitucional y un gobierno democrático”⁷³⁸.

La gobernanza a través del miedo coarta la libertad. El ciudadano con miedo es esclavo del Estado que infunde este terror, y el problema de criminalizar modos de pensar no radica solamente en la dificultad de prueba, sino que además se envía un mensaje a

⁷³⁵ BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio...”, Op. Cit., p. 351.

⁷³⁶ De hecho, el TEDH exige que existe incitación, ya sea directa o indirecta para que sea considerado “discurso de odio”. ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y...”, Op. Cit., p. 26

⁷³⁷ De acuerdo con los hechos probados, Cassandra realizó entre los años 2013 y 2016 comentarios de carácter jocoso sobre el asesinato, por parte de la banda terrorista ETA, de Carrero Blanco. A raíz de estos comentarios y en fecha de 2016 se le acusa de un delito de enaltecimiento del terrorismo, por el que fue condenada por la Audiencia Nacional a un año de prisión. Sin embargo, el Tribunal Supremo en su STS 95/2018 de 26 febrero (TOL6.525.748; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO) anula dicha sentencia, ya que defiende que, textualmente, “De tal forma que aun cuando la conducta del acusado es reprobable y reprochable tanto desde un prisma social como incluso moral, al hacer mofa de una gravísima tragedia humana atribuible a actos terroristas injustificables, no parece que estemos ante un caso que requiera una respuesta del sistema pena”, añadiendo que “el Derecho Penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia”.

⁷³⁸ LÓPEZ ULLA, J.M., “El discurso del odio como concepto: dificultades para definirlo en la práctica”, en CARUSO FONTÁN, V. / PÉREZ ALBERDI, M. R., (Dirs.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 399.

estos individuos de que están condenados en el momento en el que tienen este pensamiento y que tarde o temprano tendrán su castigo. Porque es eso lo que busca un régimen de este tipo: neutralizar al individuo diferente, apartarlo de la sociedad para que esta no padezca o tenga la posibilidad de convivir con un individuo que no puede evitar ser como es⁷³⁹.

El mismo problema se presenta con el delito de posesión de pornografía infantil (art. 189.5 CP). Aunque ya se hizo referencia al principio del presente Capítulo a este tipo penal, es necesario traerlo de nuevo al hilo debido a su aproximación con un Derecho Penal de Autor. Como ya se apuntó al inicio del Capítulo, el art.189.5 CP castiga la pura posesión, si entrar a valorar si el contenido pornográfico fue consumido o no. No vamos a entrar aquí en la lesión del bien jurídico o no, simplemente nos concentraremos en la entidad de la conducta o, mejor dicho, en la falta de la entidad de la conducta. La conducta además se desarrolla en un ambiente privado, en la esfera más íntima y personal del individuo que es el espacio de su hogar. Recordemos que la conducta se centra en la posesión, no en el consumo, ni en la puesta en desarrollo de un hipotético abuso o agresión sexual de menores.

Además, en el caso en el que consuma este tipo de contenido, el individuo en cuestión tiene la necesidad de satisfacer sus necesidades sexuales, necesidades que prefiere saciar mediante el visionado de contenido de este tipo en vez de pasar a la fase de ejecución de una conducta más grave como sería la misma agresión sexual de algún menor. Se trata de un fetiche sexual, por el cual el pedófilo se siente atraído por este tipo de relaciones, siendo incapaz de frenar los impulsos que lo arrojan a esta preferencia sexual.

Aun así, lo cierto es que el sujeto es tan consciente de que su predilección carece de legitimación social, así como de imposibilidad de llevarlo a cabo realmente, que se contenta con no pasar a un plano físico, limitándose a las cuatro paredes de su propia habitación. El Estado, por lo tanto, y por muy repulsivo que sea el rechazo que causa este

⁷³⁹ Recuerda mucho este tipo de delitos a la antigua tipificación de la homosexualidad, vigente aún en muchos Estados, todos ellos sin un sistema democrático y son una cobertura de Derechos Fundamentales, en el que la tendencia diaria se reduce a vivir conforme los dictados del Estado o bien arriesgar la libertad, e incluso la integridad física o la vida por simplemente ejercer su derecho a vivir tal y como le empuja su naturaleza.

tipo de tendencia sexual, no puede intentar corregirla si no se ha llegado a traspasar la frontera del pensamiento, menos aún cuando este rasgo de la personalidad de este tipo de individuos viene amparado por dos Derechos Fundamentales: en primer lugar, por el derecho a la libertad del pensamiento (art. 16 CE) al tratarse de una inclinación sexual (inadmitida sexualmente); y por otro lado, además, por desarrollarse en la intimidad de su privacidad, amparado por el derecho a la intimidad. Por lo tanto, se puede afirmar que la “conducta” carece de entidad, y que en realidad se trata de una forma de ser, no aceptada socialmente, pero, al fin y al cabo, un rasgo de la personalidad.

Los conflictos que se han analizado en cada uno de estos delitos expuestos se concentran todos en el tipo penal del art. 575.2 CP.

Ya se dejó patente que las conductas de acceso y de posesión no podrían calificarse siquiera de actos preparatorios, y es que incluso un gran número de autores no lo consideran ya como acto preparatorio punible, sino la preparación de esta preparación, también conocida como “actos proto-preparatorios”⁷⁴⁰. No es extraño pues, que la mayor parte de la doctrina haya expresado su rechazo a este delito, siendo la principal crítica la falta del “hecho” y el alarmante acercamiento al Derecho Penal de Autor.

De acuerdo con PÉREZ CEPEDA, el autoadoctrinamiento consistiría en “desarrollar actividades de recabar información porque se tenga afinidad con determinadas ideas, puesto que la participación ideológica en un grupo terroristas es también calificada como conducta de integración terrorista, por lo que el precepto limita claramente la libertad de pensamiento, constituyendo un claro ejemplo de Derecho Penal de Autor”⁷⁴¹. Afinidad con el delito de pertenencia a organización o grupo terrorista, asimismo, como ya señalé, acusado de conformar un Derecho Penal de Autor.

⁷⁴⁰ PÉREZ CEPEDA lo considera como la tentativa de la tentativa, ya que se trataría de la exigencia previa a llevar a cabo los actos preparatorios de algún delito de terrorismo. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 347-349.

Por su parte, y en la esclarecedora STS 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO), el mismo Tribunal asume que la conducta castigada por el delito de autoadoctrinamiento terrorista constituiría más bien un “acto proto-preparatorio”, muy anterior a la preparación del delito y por tanto sin probabilidad (o al menos muy ínfima) de poner en riesgo el bien jurídico protegido.

⁷⁴¹ PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 349. Para esto la misma autora argumenta que “se sanciona no a aquel que se adoctrina o forma, sino al que tiene la voluntad de formarse, de saber, y pone los medios para hacerlo:

Pero no solo PÉREZ CEPEDA considera que este delito de radicalización autónoma pertenece a un Derecho Penal de Autor basado en la tipificación del pensamiento, GORJÓN BARRANCO opina de la misma forma. Así, determina que el 575 CP “equipara así cualquier apoyo material al apoyo de ideas, criminalizando todo el entorno ideológico de determinados sujetos que se definen como terroristas por su manera de pensar”⁷⁴².

A este hilo de opiniones se le suma AGUERRI al denunciar que la única similitud entre la conducta del art. 575.2 CP y cualquier otro delito de terrorismo es simplemente su conexión subjetivista. Establece pues, que dicha relación se encuentra “en el fuero interno del sujeto” y apoya su tesis en que, de extralimitar la voluntad de dicho individuo ya se estaría hablado de otro delito de terrorismo⁷⁴³, ya que ha superado esa fase de “aprendizaje” brindada por el autoadoctrinamiento terrorista del que habla el art. 575.2 CP.

Como se puede ver, hay consenso entre la doctrina (al menos en su gran mayoría), en afirmar que este delito se basa, desgraciadamente para la calidad de la Democracia, en la criminalización de un pensamiento socialmente desaprobado, castigando por no hacer absolutamente nada, y por haber exclusivamente ejercido su derecho a la libertad de información y de pensamiento^{744/745}.

Es por lo tanto un Derecho Penal de Autor y, en consecuencia, un Derecho Penal del Enemigo. El legislador no pretende proteger un bien jurídico, sino que en realidad su

“la finalidad de capacitarse para llevar a cabo”, pero que todavía ni siquiera ha comenzado la fase ejecutiva de ningún acto terrorista, ni decidido nada”. Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 350.

⁷⁴² GORJÓN BARRANCO, M.C., “El cibercrimen político: especial referencia al ciber terrorismo en España”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), RUIZ AIRAS, M. (Coord.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 399.

⁷⁴³ AGUERRI, J.C., “Del “terrorista” al “radical”: los delitos de subjetividad en el Código Penal español”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 13, 2017, pp. 159-160.

⁷⁴⁴ TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista...”, Op. Cit., p. 48.

⁷⁴⁵ De hecho, el mismo JAKOBS confiesa que el enemigo “es interceptado muy pronto en el estado previo y al que se le combate por su peligrosidad”, ergo, no por lo que ha realizado, sino por la peligrosidad que se deriva solo y exclusivamente de su estilo de vida, su forma de ser o su pensamiento. Vid. JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano y...”, Op. Cit., pp. 42 y 43.

último fin es el de identificar qué sujeto comulga con esta clase de ideas, aun si debe vulnerar ciertos derechos para ello, y adicionalmente mandar un mensaje tranquilizador a la sociedad⁷⁴⁶. La identificación es el paso previo para el verdadero fin del legislador: neutralizar⁷⁴⁷ a cualquier individuo que se considere fuera de la “normalidad”, de la “moral común y aceptada”, satisfaciendo nuevamente los deseos de “seguridad” de la población, y evitando de este modo la coexistencia de modelos de vidas discrepantes, pero no criminales. La solución es, por lo tanto, la neutralización, del modo en el que el Derecho Penal del Enemigo establece y recomienda⁷⁴⁸ desde el mismo momento en el que se percibe el diferente modo de pensar.

⁷⁴⁶ Así lo afirma AGUERRI al expresar que tan solo se trata de un efecto tranquilizador por parte del legislador a la sociedad, aunque, eso sí, sin efectos reales y eficaces. *Vid.* AGUERRI, J.C., “Del «terrorista» ...”, *Op. Cit.*, pp. 159-160. Y es que las consecuencias de abusar de este tipo de fórmulas son altamente peligrosas. Como acertadamente advierte MARTÍÑÓN CANO, “El Derecho Penal tiene y debe tener un efecto disuasivo, pero nunca debe ser placebo construyendo una falsa ilusión de seguridad, ya que de hacerlo gasta o mejor dicho desgasta su real efecto intimidatorio, deslegitimando al Derecho Penal”, *Vid.* MARTÍÑÓN CANO, G., “El bien jurídico como principio irrenunciable en el Derecho Penal del siglo XXI”, en *Revista Penal México*, n. 1, enero-junio de 2011, p.164. Efectivamente la aplicación de normas que resultan complicadas de aplicar correctamente por no encajar en el conglomerado de principios político-criminales y garantistas repercutiría en el efecto intimidatorio del Derecho Penal, afectando a su eficacia. Todo esto por encontrarse con trabas a la hora de su aplicación debido a la asunción de nuevos modelos del sistema penal con los principios rígidos del Derecho Penal tradicional, de garantías. Consecuentemente a una escasa eficacia le seguiría una pérdida de confianza por parte de la población al poder judicial, ya que se vería incapaz de aplicar tipos penales intrínsecos a las bases de la mismísima democracia. Asimismo, y como un efecto dominó, la pérdida de confianza se afectaría al mismo tiempo a la eficacia de la prevención general, pues, si no es posible aplicar el mismo derecho, los distintos miembros de la sociedad no se verán intimidados y por lo tanto persuadidos a cumplir la norma penal.

⁷⁴⁷ Solamente es necesario prestar atención a la pena que figura en dicho delito: entre dos y cinco años de prisión. Es evidente que el legislador no pretende reinsertar a un sujeto que tan solo ha comulgado con el ideario de un cierto grupo u organización terrorista, ya que aun no se ha demostrado siquiera que el sujeto tenga decidido atentar, prueba verdaderamente complicada ya que como argumenta brillantemente PÉREZ CEPEDA “no es posible probar finalidad subjetiva de alguien que está en su casa sentado gozando de su intimidad”. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, *Op. Cit.*, p. 249

⁷⁴⁸ Numerosos miembros de la doctrina así lo afirman. En España, DEMETRIO CRESPO lo ilustra expresando que al enemigo se le trata como una fuente de peligro a la que se debe “neutralizar a cualquier precio”, *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E. “Del «Derecho Penal liberal» al Derecho Penal del Enemigo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006, p. 68.

En Italia se sigue la misma línea de pensamiento. Encontramos por ejemplo a BARTOLI, que opina que “el Derecho Penal del Enemigo se caracteriza por una reacción que tiende a la mera neutralización, a la mera segregación del reo, debiéndose entender con tal expresión el hecho de que la sanción se aplica en términos totalmente disfuncionales respecto a los objetivos de la prevención general y especial, con la consecuencia ulterior de que el reo no deviene mero instrumento para un fin, sino que incluso el fin mismo de la neutralización. *Vid.* BARTOLI, R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2000, pp. 11-12.

Pero, sin ir más lejos, el mismo JAKOBS así lo afirma, ya que defiende que la neutralización del sujeto mediante la pena produce además efectos físicos pues “el preso no puede cometer delitos fuera del centro penitenciario: una prevención especial segura durante el lapso efectivo de la pena privativa de libertad (...). En esta medida, la coacción no pretende

No son necesarios más argumentos o justificaciones para afirmar que el Derecho Penal de Autor se ha introducido ya en el sistema penal actual, dejando en un segundo plano al principio del hecho. Y las consecuencias son evidentes.

Aunque el Derecho Penal de Autor traería a corto plazo una más rápida y “eficaz” aplicación de la ley punitiva, lo cierto es que sus consecuencias son devastadoras, acarreando consigo diversas consecuencias graves.

En primer lugar, en un Derecho Penal basado no en el hecho, sino más preocupado por la forma de ser de los sujetos provocaría forzosamente una flexibilización sin precedentes de los principios garantistas del Estado de Derecho⁷⁴⁹. Es evidente que, si uno de los pilares del Estado de Derecho se sustenta sobre el pilar del principio del hecho⁷⁵⁰, como uno de los límites que cosifica el ius puniendi del Estado y retiene la arbitrariedad de las instituciones estatales, el Estado de Derecho se vería afectado en su calidad. Y calidad que repercute sin ir más lejos en el margen de ejercicio de los Derechos Fundamentales y libertades públicas del ciudadano, ya que estos son los contenidos que dotan al Estado del calificativo “de Derecho”. En otras palabras, los derechos y un libre ejercicio de los mismos son los que conforman el Estado de Derecho. Una Democracia sin derechos solo conservaría la calificación formal, pero no el contenido sustancial, sería una cáscara de nuez, un espejismo⁷⁵¹.

significar nada, sino quiere ser efectiva, lo que implica que no se dirige contra la persona en Derecho, sino contra el individuo peligroso”. *Vid.* JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano y...”, *Op. Cit.*, pp. 23 y 24.

⁷⁴⁹ Autores como FERRAJOLI acusa al Derecho Penal de Autor de perturbar los principios fundamentales, que va “desde el principio de legalidad, que entonces se orienta a la prevención de tipos de autor antes que de tipos de acción, al principio de igualdad, disuelto por la diferenciación de los seres humanos en personas y no personas, hasta las formas del proceso penal, dirigidas al examen de la persona y a la identificación del enemigo que inevitablemente termina – no siendo mediada por la prueba de hechos precisos de enemistad- en la punición de los sospechosos”. *Vid.* FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, *Op. Cit.*, p. 113.

⁷⁵⁰ DE LA CUESTA AGUADO, P.M., *Culpabilidad: exigibilidad...*, *Op. Cit.*, p. 57.

⁷⁵¹ Así lo estima MUÑOZ CONDE: “Si se admite su derogación (la de los derechos y garantías fundamentales), aunque sea en casos puntuales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, siempre que sus valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos”. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre ...”, *Op. Cit.*, p. 133.

En segundo lugar, que el Estado no esté sujeto a la obligación de punir solo y exclusivamente el comportamiento humano, esto es, los hechos y no los meros pensamientos y las formas de personalidad, desencadenaría a su vez una pérdida de control del *ius puniendi*, aumentando el margen de arbitrariedad al poder establecer un pensamiento como delictivo. Esta arbitrariedad de las instituciones estatales haría mutar al Estado de Derecho directamente en un Estado autoritario, que destaca por anteponer los intereses del Estado por encima de la libertad individual, categorizando como enemigo a todo aquel individuo que esté en contra de la idea general del Estado. En todos los delitos que acabamos de analizar se puede comprobar esto. El legislador no espera a que se ponga siquiera en peligro el bien jurídico, sino que asume que un sujeto con una determinada personalidad automáticamente atenta contra los pilares del Estado y sus instituciones y por esa exclusiva razón debe y tiene que ser castigado⁷⁵².

Y, en tercer lugar, pero no por ello menos alarmante, si por algo destaca el Derecho Penal del Enemigo, evidentemente es por el elemento “enemigo”. El “enemigo” es aquel elemento por abatir, a neutralizar, el sujeto del que no se puede predecir o intuir una seguridad cognitiva. El Derecho Penal del Enemigo pues, no reconoce al enemigo como una persona⁷⁵³, y por lo tanto titular de derechos. No existe diálogo, sino coacción⁷⁵⁴, por lo que se gobierna con miedo y no con respeto.

Coincide con esta idea el profesor italiano FERRAJOLI al estimar que afirmar un Derecho Penal del Enemigo (de autor) “refleja sin lugar a dudas las prácticas y tendencias de las modernas políticas securitarias y de la emergencia. Y tenemos que ser conscientes -incluso a la luz de su clamoroso fracaso- de que esto equivale a una disolución del derecho Penal y a una negación de la racionalidad penal”, *Vid.* FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, *Op. Cit.*, p. 113.

MARTÍNÓN CANO da un paso más allá, y afirma que para que un Derecho Penal sea legítimo, y en consecuencia se pueda hablar de un Estado de Derecho puro, “las normas deben satisfacer los fines del Derecho Penal”. *Vid.* MARTÍNÓN CANO, G., “El bien jurídico como principio irrenunciable...”, *Op. Cit.*, p. 166.

⁷⁵² De hecho, lo argumenta el mismo JAKOBS cuando dice que “Quien no presta una seguridad cognitiva suficiente de un comportamiento personal, no solo no puede esperar ser tratado aun como persona, sino que el Estado no debe tratarlo ya como persona, ya que de lo contrario vulneraría el derecho a la seguridad de las demás personas”. *Vid.* JAKOBS, G., “Derecho Penal del Ciudadano y...”, *Op. Cit.*, p. 47.

⁷⁵³ Respecto a este punto se lamenta DEMETRIO CRESPO que afirma que el Derecho Penal del Enemigo “pretende despojar de la categoría de ciudadanos a determinados sujetos, que deben ser tratados como meras “fuentes de peligro”, a los que hay que neutralizar a cualquier precio. *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho Penal liberal...”, *Op. Cit.*, p. 68.

Igual lo critica FERRAJOLI que denuncia la postura de JAKOBS a no considerar al enemigo como persona, privándole de este modo de la titularidad de derechos y libertades. *Vid.* FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad...”, *Op. Cit.*, p. 113.

⁷⁵⁴ JAKOBS, G., “La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente”, en, ESRN, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (Coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 59.

La consecuencia última de una apertura hacia un Derecho Penal del Enemigo es un estado de miedo constante. Miedo como legitimidad, miedo a derrotar y miedo mediante el cual gobernar. La pérdida del principio del hecho y la sustitución por el Derecho Penal de Autor será el primer síntoma de la enfermedad de nuestro Estado de Derecho y su posterior debilitamiento para ser derrotado por un derecho Penal del Enemigo.

Del presente Capítulo se puede poner de manifiesto lo siguiente:

Teniendo en cuenta la interpretación de la “acción” o “conducta humana” en el contexto de un Estado de Derecho, solo es posible admitir que exclusivamente se prohibirían los “comportamientos humanos externos y finales” cuando estas den lugar a “la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico”, se debe desechar la idea de que las conductas descritas en el delito de autoadoctrinamiento terrorista sean consideradas como “acción”.

En primer lugar, se analizó el concepto de posesión. El concepto de posesión en Derecho Penal tiene distintas acepciones, pero ya se determinó que la que más se ajusta al delito tipificado en el art. 575.2 CP es aquella concepción de posesión interpretada en el delito de posesión de pornografía infantil (art. 189 CP). Al igual que en el delito de posesión de pornografía infantil, se podría entender que en el delito de autoadoctrinamiento se deberá dar los mismos tres requisitos de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo: la posesión efectiva del contenido, que dicho material tenga la finalidad de uso por su poseedor y, por último, el dolo del agente, el cual se basa en la conciencia de dicha posesión por parte del sujeto. Es decir, la posesión se daría en el delito de autoadoctrinamiento siempre y cuando el sujeto efectivamente detentara el material terrorista, que él mismo sea consciente de ello y que además el fin de dicha posesión sea la de radicalizarse.

La detentación, por otro lado, deberá quedar almacenada en un dispositivo tecnológico, ya sea en el disco duro o en una memoria externa, por lo que no bastará con el consumo streaming, ya que este espectro lo cubriría la conducta de acceso.

Contrastando este concepto de posesión con el concepto de acción (debe tener un cambio externo en la realidad) y el principio de ofensividad, es imposible que la posesión de material terrorista sea considerada como una conducta merecedora de aplicación del Derecho Penal.

En segundo lugar, se debe destacar que el acceso se encuentra a un nivel anterior a la misma posesión, adelantándose aún más (si cabe) la barrera de punibilidad del Derecho Penal. El acceso consistirá, al igual que en el delito de intrusismo informático (art. 197 CP), en la entrada o visita al sistema informático, aunque en el caso del delito de autoadoctrinamiento, se entenderá que existe acceso con la visita de aquellos portales webs en los que se ofrece un contenido de naturaleza terrorista. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, y en consonancia con la teoría social de interpretación de la acción, esta “debe estar dotada de una cierta orientación, presidida por un determinado propósito que no se agota no se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo”⁷⁵⁵. En otras palabras, el mero acceso no basta, sino que además se deberá acompañar este con una voluntad de radicalizarse, tal y como el mismo precepto exige para completar el tipo penal. De este modo, tampoco es admisible esta conducta como acción y, por lo tanto, legítima desde el punto de vista de un Estado de Derecho.

Por lo tanto, la conducta descrita en el precepto, en concordancia con los principios de exclusiva protección de los Derechos Fundamentales, así como también con el principio de lesividad, carece de cobertura legitimadora.

En resumidas cuentas, las conductas de posesión y de acceso no podrían considerarse como “acciones” o, mejor dicho, como “conductas humanas” si tenemos en cuenta que no manifiestan una acción exterior ni tampoco provocan un cambio en el mundo real. Al mismo tiempo, su penalización carece de relación con la consecución de un delito posterior, esto es, el hecho de prohibirlas no repercutirá en la prevención de la comisión de un delito de terrorismo más grave. Así pues, si no se pueden considerar “conductas humanas” como ya he dejado patente, no queda más remedio que declararlas como “pensamientos” o “manifestaciones de la personalidad” de un sujeto concreto.

⁷⁵⁵ STS 961/2016, de 20 de diciembre (TOL5.920.323; PONENTE: PERFECTO AGUSTÍN ANDRÉS IBÁÑEZ).

Otro de los elementos que crea más problemática resulta ser la fórmula “de manera habitual”, que denota una repetición de la conducta “acceso”. Como ya se apuntó en este Capítulo, la habitualidad es un concepto jurídico indeterminado, que difícilmente ha interpretado la doctrina del Tribunal Supremo como aquella “repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre”, que fija esta repetición en, al menos, tres actos. El problema es el siguiente: de acuerdo con las normas de prescripción, la conducta de acceso debería darse “un mínimo de tres ocasiones en un lapso de tiempo no excesivo”⁷⁵⁶. Un plazo demasiado amplio si recordamos que se está aplicando el Derecho Penal y, además, una pena de dos a cinco años de prisión por una mera conducta de acceso.

Considero pues, una desproporción, así como un ataque a los principios de taxatividad y de seguridad jurídica la pretensión de castigar una conducta tan ínfima como puede ser la de acceso, sin determinar incluso el tiempo en el que el sujeto deberá permanecer en estas webs.

La justificación de la tipificación de un acto neutral como puede ser el acceso a portales webs para conseguir información, siendo esta acción incluso amparada por un derecho fundamental (art. 16 CE), reside en la teoría de los delitos de habitualidad, en los que la peligrosidad no reside en la conducta en sí, sino en la repetición de la misma. No obstante, es complicado imaginar la peligrosidad de un acceso en tres ocasiones en un periodo no determinado, especialmente si lo que se protege, como así lo establece el legislador, es la seguridad ciudadana. No queda pues, suficientemente justificada la criminalización del acceso, aunque se lleve a cabo de forma repetida, por no presentar suficiente entidad en cuanto a su peligrosidad potencial para el bien jurídico.

No solo resulta confusa la fórmula “de forma habitual”, sino que, como ya se advirtió más arriba, igual de confusa, o incluso más, resulta la expresión “estar dirigidos o resultar idóneos”. Ambas fórmulas son sinónimas, o al menos hacen referencia al mismo fin. Ambas fórmulas, especialmente la expresión “resultar idóneos”, se interpreta como aquella consigna que consigue convencer a un sujeto de “pasar a la acción”, de cometer el delito, cuando anteriormente al consumo de tal contenido no lo tenía tan claro.

⁷⁵⁶ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 210.

Se trata de una apuesta arriesgada, pues no todas las consignas o información hacen mella de igual forma en distintas personas. Ya se dejó claro que, en esencia, dependía de numerosos aspectos circunstanciales y contextuales para que el contenido terrorista al que se accede (no pone nada de referencia al consumo) efectivamente convenza al individuo para cometer un delito de terrorismo o, asimismo, a incorporarse en un grupo u organización terrorista. En otras palabras, significaría que aquella persona que acceda al menos tres veces en un periodo no determinado y, de acuerdo con sus circunstancias, en ese momento decide cometer el delito⁷⁵⁷. La fórmula hace referencia entonces a la incitación.

No obstante, el problema continúa, ya que carece de claridad qué se entiende por incitación, aún más cuando se trata de una “incitación” o “radicalización” llevada a cabo en un entorno privado, infringiéndose también el derecho fundamental de intimidad (art. 18 CE).

Todo esto lleva a una contradicción con el principio de taxatividad y el mandato de certeza y, por inercia, al principio de seguridad jurídica. Las consecuencias son principalmente dos: un mayor margen de arbitrariedad del juez, quebrantando el principio democrático de división de poderes, por un lado; y, por otro lado, la difícil interpretación del precepto por parte del receptor de la norma (la sociedad en general) sobre lo qué está o no está prohibido.

Valorando estos datos, es obvio que una norma tan amplia y con una redacción que incita a la confusión, además de contradictoria resulta inútil.

4) Ya se ha advertido de que las conductas de acceso y posesión carecen de cobertura legitimadora al no ser compatibles con el concepto de “acción” del Derecho

⁷⁵⁷ El problema viene acentuado además por la falta de concreción del término “terrorista”, lo que acrecienta el nivel de indeterminación de la conducta. Un margen de maniobrabilidad tan amplio solo tiene el objetivo de reducir la potenciabilidad, la probabilidad que tiene un sujeto con ciertas características de perpetrar un ataque terrorista, y no el hecho en sí. Aquí se puede comprobar una vez más la administrativización del Derecho Penal, pues cambia sus prioridades, basadas anteriormente en la efectividad de la ofensa o puesta en peligro del bien jurídico a causa de acciones, mientras que ahora el punto de mira se posa en el control de las probabilidades de la comisión de delitos derivados de los rasgos del sujeto en cuestión.

Penal, el cual hace referencia al hecho. Es patente que el legislador ha desoído al principio del hecho y lo ha sustituido en su lugar por un Derecho Penal de Autor. Así lo atestiguan los llamados “delitos del pensamiento” cada vez más frecuentes y presentes en nuestro Código Penal desde las reformas de 2010. El delito del art. 575.2 CP es uno de estos “delitos de pensamiento”, y por ende constituye un Derecho Penal de Autor.

Como ya se ha podido comprobar el delito de autoadoctrinamiento reúne una serie de características que coinciden con los rasgos propios de un Derecho Penal de Autor:

- El delito de autoadoctrinamiento terrorista no se concentra en que el sujeto pase a realizar un hecho, sino que se centra en la probabilidad que posea este sujeto a la hora de cometer un delito de terrorismo basándose exclusivamente en el material consumido, esto es, en un rasgo de la personalidad o en la comunión de su pensamiento con el ideario terrorista.

- El acceso a información o la posesión de un contenido de cierto carácter, aun siendo este de naturaleza terrorista, viene amparado por el derecho fundamental de consultar información, así como el derecho fundamental de libertad de pensamiento.

- Como ya bien estableció el Tribunal Supremo en su sentencia 95/2018, de 26 de febrero, el odio, y por extensión cualquier otro sentimiento u emoción, no se puede castigar, pues constituye la esencia de la personalidad del individuo.

- El Estado debe dar cobertura a todas las formas de pensamiento, aún siendo estas contrarias a la democracia, ya que se trata de uno de los efectos colaterales del Estado de Derecho: la libertad de pensamiento.

- El delito de autoadoctrinamiento además no persigue proteger ningún bien jurídico, sino que más bien pretende identificar a determinados sujetos que comulgan con un ideario rechazado por el común de la sociedad, y al que además los miembros de la población temen. Esta identificación es el paso

previo a la neutralización del sujeto por el solo “hecho” de que su tendencia de pensamiento sea manifiestamente contraria a la “moral general”.

Queda así demostrado que el delito de autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP no castiga hechos, sino formas de ser y que por lo tanto se considera como un Derecho Penal de Autor, y en consecuencia como un Derecho Penal del Enemigo.

Así pues, y a la luz del análisis del tipo objetivo, solo es posible llegar a la conclusión de que el delito de autoadocctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP) reúne las características esenciales del Derecho Penal del Enemigo, tanto por su imprecisión a la hora de describir la conducta tipificada, como por la criminalización de un pensamiento.

CAPÍTULO V

SUJETO ACTIVO Y PASIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA

I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Con la comisión de un delito, además de crear un resultado en el mundo real, se establece una relación. Esta relación conecta a tres sujetos fundamentales: el sujeto activo, que será el que lleve a cabo la conducta típica; el sujeto pasivo, cuyo bien jurídico se ve perjudicado por motivo de esta conducta y, por último, el Estado, el garante de la protección de estos bienes jurídicos⁷⁵⁸.

Aunque *a priori* podría resultar sencillo identificar cada uno de los sujetos, lo cierto es que actualmente con los efectos ya descritos a causa de la globalización, cada vez aparecen intereses más difusos⁷⁵⁹, los cuales repercuten en la determinación de los sujetos activo y pasivo del delito. La irrupción de bienes jurídicos supraindividuales o difusos como lo son “seguridad ciudadana”, “orden socioeconómico” o “medio ambiente”, entre otros, han tenido como consecuencia la aparición nuevos agentes, influyendo en la naturaleza del “sujeto pasivo” *per se*. Ahora, el sujeto pasivo, además de individualizarse en un único sujeto, es posible identificarlo con sujetos plurales, colectivos, ya sea la sociedad, el propio Estado o sus instituciones.

Como ya se señaló en el Capítulo III, un bien jurídico colectivo será aquel que “conceptualmente, fáctica o jurídicamente, es imposible dividirlo en partes y otorgárselas a los individuos. Cuando tal es el caso, el bien tiene un carácter distributivo”⁷⁶⁰. El hecho de que no se pueda practicar una distribución del bien jurídico en cuestión determina un carácter abstracto del mismo, repercutiendo asimismo en el principio de lesividad y, por ende, en la identificación del titular del bien jurídico colectivo.

Aun estando comprobado que los bienes jurídicos colectivos generan en numerosos problemas, serán legítimos siempre y cuando sirvan al desarrollo personal del individuo⁷⁶¹. A raíz de esto, la seguridad constituye un presupuesto previo para que el individuo pueda desarrollarse a sí mismo, de esto no cabe duda. Sin embargo, la seguridad ciudadana como “bien jurídico” no singulariza ningún sujeto pasivo, ya que se entiende

⁷⁵⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 228.

⁷⁵⁹ SÁNCHEZ SILVA, J.M., *La expansión...*, Op. Cit., pp. 12 y ss.

⁷⁶⁰ ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004, p. 187.

⁷⁶¹ HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la ...*, Op. Cit., pp. 108 y ss.

que su titular es la sociedad en su conjunto, aunque cada individuo la ejerza individualmente. La determinación del sujeto pasivo no será pues, una tarea sencilla.

No obstante, no es este el único problema. Con respecto al sujeto activo en ciertos delitos, y en concreto en los delitos de terrorismo, se tiende a crear un perfil bastante ambiguo de “delincuente”, lo cual ha forzado las estructuras del delito, reapareciendo la figura del llamado “delito de sospecha”. Una sospecha que confunde los límites de lo jurídicamente relevante y lo moralmente reprochable que amenaza con desvirtuar la fina línea entre moral y Derecho.

En este Capítulo se estudiará en profundidad estas dos cuestiones, pudiendo incluso determinar si se está ante un Derecho Penal de Autor y, por ende, ante un Derecho Penal del Enemigo.

II. EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA

1. Introducción

De acuerdo con la teoría jurídica del delito y en palabras de MIR PUIG el sujeto activo será aquel que lleve a cabo la conducta típica⁷⁶², es decir, el autor de esta. Si tenemos en cuenta el tenor literal del art. 575.2 CP, este hace referencia al sujeto activo diciendo: “se entenderá que comete este delito *quien* (...)”, lo cual no denota una particularidad específica en cuanto al sujeto activo. Así, se puede confirmar que se trata de un **delito común**, ya que no se hace referencia a alguna peculiaridad del sujeto que realiza la conducta⁷⁶³. Además, se podrá calificar como un delito de propia mano, pues

⁷⁶² MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 228.

⁷⁶³ Como ya se reflejó en el Capítulo I y de acuerdo con los distintos estudios al respecto, entre los que destaca el estudio del Real Instituto ElCano, no existe un perfil homogéneo del individuo que se radicaliza y, mucho menos, del sujeto que se radicaliza en un entorno online (hasta la fecha del estudio tan solo el 18,4%). No existen evidencias de la tendencia religiosa, edad, nivel adquisitivo o región, cada uno de los casos de radicalización tiene su particularidad y su propio proceso. Así, y como ya expresé en el Capítulo I, los sujetos radicalizados en realidad forman un grupo muy heterogéneo, incapaz de establecer un patrón para evitar el proceso de radicalización.

es el mismo individuo el que, de forma independiente y autónoma, desarrolla las conductas de acceso y posesión, sin necesidad de otro sujeto⁷⁶⁴.

Sin embargo, es necesario destacar un punto muy importante. De acuerdo con la finalidad de la conducta, el sujeto lleva a cabo la posesión o el acceso a contenidos de naturaleza terrorista con el objetivo de adiestrarse, de radicalizarse para llevar a cabo acciones de colaboración o para incorporarse a una organización o grupo terrorista. Por exclusión entonces, el sujeto activo no puede pertenecer a un grupo u organización terrorista, ya que se trataría del paso previo a la incorporación o a la colaboración⁷⁶⁵. Así, el sujeto activo debe ser un individuo externo de la organización, o lo que es lo mismo, no debe haberse incorporado aún a la misma, pero sí, tener la voluntad de realizarlo una vez completado el proceso de radicalización.

2. Delito común con tendencia a la sospecha. La identificación del radical como enemigo

Anteriormente se ha expuesto que el delito de autoadocctrinamiento es un delito común, el cual puede ser perpetrado por cualquier persona, sin necesidad de reunir ninguna particularidad. De hecho, si nos remitimos al perfil del radicalizado (Capítulo I), podremos apreciar que no se puede distinguir un perfil concreto de este tipo de delincuente. Además de esto, los delitos de terrorismo, entre los que se encuentra la conducta recogida en el art. 575.2 CP, son considerados delitos comunes, solo que se cualifican debido a su particular fin teleológico.

Con la redacción del precepto el legislador parece entender que aquel que se radicaliza se constituye automáticamente como terrorista, o sea, el legislador los asimila

⁷⁶⁴ En la radicalización activa (art. 577.2 CP), en la que participan al menos dos sujetos, la radicalización se lleva a cabo por un sujeto “activo” que realiza acciones de adoctrinamiento sobre otro sujeto, al que podríamos llamar “sujeto pasivo de la relación de radicalización”. Sin embargo, en la autoradicalización es el mismo sujeto y, no otro, el que lleva a cabo estas conductas más o menos dirigidas por los contenidos a los que tienen acceso o que poseen.

⁷⁶⁵ De hecho, muchos de los mal llamados “lobos solitarios” (terroristas autónomos) en la mayoría de las ocasiones no pertenecían a una organización terrorista, ni siquiera a una de sus células. Se trata de sujetos que, inspirados por los dogmas fundamentalistas de la corriente yihad deciden cumplir con su lealtad a la organización, llevando a cabo por sí mismos las conductas delictivas. Ejemplo de este modus operandi es el caso del ataque terrorista en Estrasburgo el 11 de diciembre de 2018.

aun sin que el individuo lleve a término una conducta terrorista. Asistimos pues, a una retrotracción sin precedentes de la punibilidad de una conducta que, como ya pusimos de manifiesto (Capítulo IV), se refleja más en la idea de pensamiento que en la fase externa del delito. Y es aquí donde encontramos otra prueba de que el delito de autoadoctrinamiento no es más que una (preocupante) manifestación del Derecho Penal del Enemigo, cada vez más presente en nuestro Ordenamiento Jurídico penal.

Para comprobarlo, baste la comparación del art. 575.2 CP con la conducta regulada en el art. 483 del Código Penal de 1978 (en adelante CP'78). Si por algo destaca la conducta del art. 483 CP'78 es por su criticada naturaleza, a la que la doctrina penal calificaba como un delito de sospecha genuino⁷⁶⁶. De acuerdo con la literalidad del precepto⁷⁶⁷, la doctrina interpretaba el incremento de la pena por parte del legislador debido a que se entendía que el sujeto desaparecido estaba “muerto”⁷⁶⁸. No obstante, y desde un punto de vista garantista, las consecuencias eran muy perjudiciales para el Estado de Derecho.

Destaquemos un punto muy importante: si se asume la “muerte” del detenido de forma ilegal y si de este depende el incremento de la pena, tendremos que aceptar al mismo tiempo que al sujeto activo se le castiga por un hecho dudoso, un hecho que no muestra certeza alguna de que realmente haya sucedido. Con esto, el principio de culpabilidad y responsabilidad por el hecho se vería destruido pues, según dicho principio, como afirman ARMENDÁRIZ LEÓN y MIRATHERNÁNDEZ, “se desprende que nadie puede ser castigado por un hecho ajeno, ni por sus pensamientos ni por su personalidad o por su forma de ser”. Sin embargo, y a diferencia de lo que este

⁷⁶⁶ Entre ellos destacan GARCÍA PÉREZ y PALMA HERRERA, los cuales califican al delito de secuestro con desaparición forzada del CP'78 como un delito de sospecha al privar de la oportunidad de ejercer el derecho a la presunción de inocencia. *Vid.* PALMA HERRERA, J.M., “Capítulo duodécimo: La reforma de los delitos contra la libertad operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 375 / GARCÍA PÉREZ, O., “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho de presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 2, año 1993, p. 630.

⁷⁶⁷ Art. 483 CP'73: “El reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida, o no acreditare haberla dejado en libertad, será castigado con la pena de reclusión mayor”.

⁷⁶⁸ Es importante tener asimismo en cuenta la realidad social del momento. En un contexto en el que afloraron casos tan mediáticos como los de “El Nani” o “Lasa y Zabala” no es de extrañar que el legislador por aquel entonces quisiera dar solución a un problema de prueba, todo con el fin de “impartir justicia” para aquellos casos que impactaban fuertemente sobre la sociedad.

postulado establece, no se requeriría ninguna prueba de que el resultado (presunto)⁷⁶⁹ en realidad tuvo lugar, naciendo una grave arbitrariedad, incompatible e inadmisibile con un sistema penal garantista.

Lo mismo podríamos expresar del art. 575.2 CP. El resultado de “perpetrar un delito más grave” (uno de los expuestos en el art. 573 CP) aún no se ha materializado, por lo que se anticipa, una vez más, la pena de un hecho posterior e incierto.

Este no era el único inconveniente del art. 483 CP’73, sino que, al estar el sujeto obligado a confesar el paradero del detenido de forma ilegal, renunciaba automáticamente a su derecho a no declarar contra sí mismo y, por ende, su derecho a la presunción de inocencia⁷⁷⁰. De este modo, para evitar la pena incrementada del art. 483 CP’73 el sujeto tendría que admitir el paradero del detenido y, así, confirmar la comisión del delito. El sistema no dejaría alternativa al sujeto, que se vería obligado a elegir entre su derecho a no declarar contra sí mismo y la aplicación de una pena inferior, por lo que el mismo Estado estaría coaccionando al sujeto para que renunciara a un derecho fundamental (art. 24 CE), a una garantía, a su oportunidad de ser declarado inocente.

Esta situación no es distinta en el delito de autoadocctrinamiento, pues al legislador le basta con que el sujeto acceda o posea cierto contenido de naturaleza terrorista para determinar que este se ha adocctrinado y, así, habrá cometido el delito del art. 575.2 CP.

Estos fueron los principales argumentos que la doctrina arrojaba contra el art. 483 CP’73 denunciando su flagrante inconstitucionalidad, a lo que la doctrina del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional junto con el gobierno contratacaron con una interpretación distinta⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ Vid. GARCÍA PÉREZ, O., “Delitos de sospecha...”, Op. Cit., p. 634.

⁷⁷⁰ BLANCO CORDERO, I., “Título VI. Delitos contra la libertad. Capítulo I de las detenciones ilegales”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 650.

⁷⁷¹ Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional entendían que no es que se presumiera la muerte del sujeto, sino que en realidad se agravaba un supuesto de detención ilegal prolongada. Vid.

De acuerdo con la STS de 25 de junio de 1990 (TOL458.265; PONENTE: ENRIQUE RUIZ VADILLO), “No contempla, por consiguiente, una condena por delito de sospecha que de serlo sería inconstitucional, sino de una probada y muy grave modalidad de detención ilegal. No se trata de un simple juego de palabras sino de profundizar en la naturaleza de este precepto penal, en función de las exigencias constitucionales. Los datos o circunstancias que sirven de base al artículo 483 han de ser probados a través de una actividad desarrollada en el juicio oral, bajo los principios de inmediación y

De acuerdo con la SAP de Madrid de 3 de septiembre de 1988 ((TOL5.189.914; PONENTE: JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL) más conocida como el caso “el Nani”, no se trataba de una presunción de que el sujeto estuviera muerto, sino de un “supuesto hiperagravado de detención ilegal prolongada”⁷⁷². Así, entendía el Tribunal Supremo, siguiendo la misma línea que la Audiencia Provincial de Madrid, que lo que debía demostrarse sería la no puesta en libertad del detenido, y no la suposición de muerte.

En el caso del art. 575.2 CP el legislador justifica su tipificación en básicamente tres pilares concretos⁷⁷³: la “potencial peligrosidad” de la conducta; el aumento de casos de autoadoctrinamiento terrorista y de los combatientes terroristas desplazados; y, la preocupación internacional suscitada al respecto.

En lo referente al “incremento” de este tipo de terrorismo solo debemos atender a los datos del Real Instituto Elcano para comprobar su poca entidad. De acuerdo con el informe de Elcano de 2016, hasta la fecha tan solo un 18,4%⁷⁷⁴ se habría radicalizado exclusivamente por el medio online, una cuota ridícula al paragonarla con los resultados de la radicalización llamada “offline” o “mixta”⁷⁷⁵. Esta premisa o suposición, quedaría entonces infundada, ya que el autoadoctrinamiento no supone un caso alarmante.

contradicción en los mismos términos exigidos con carácter general por el Tribunal Constitucional y esta Sala. En el hecho de no acreditar haber dejado en libertad o no dar razón del paradero de la persona detenida no puede haber, repetimos, ni sospecha ni conjetura, ni inversión de la carga de la prueba. La acusación debe probar: a') La detención ilegal de la persona desaparecida. b') La ausencia de toda explicación razonable de la desaparición y c') Omisión de la puesta en libertad”.

Al mismo tiempo, y en referencia al art. 166 del actual Código Penal el Consejo de Estado defiende que dicho precepto no se configura como un delito de sospecha usando el mismo argumento que la doctrina del Tribunal Supremo: se agrava pues la falta de diligencia en la posición de garante exigible al “secuestrador”. *Vid.* Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto n. 258/2013, de 3 de julio.

⁷⁷² SAP de Madrid de 3 de septiembre de 1988 (TOL5.189.914; PONENTE: JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL).

⁷⁷³ Preámbulo de LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

⁷⁷⁴ REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 39.

⁷⁷⁵ Recientes estudios determinan que, en el periodo entre 2004 y 2018, tan solo el 8,5% del total se radicalizó de modo autónomo haciendo uso en exclusivo de propaganda yihadista disponible en la web. Así pues, como bien afirman GARCÍA-CALVO y VICENTE, “estos son los únicos casos de genuina autorradicalización constatados entre los individuos objeto de nuestro estudio, que por otra parte no son estadísticamente significativos (...)”. *Vid.* GARCÍA-CALVO, C. / VICENTE, Á., “Evidencia cuantitativa sobre los entornos y ámbitos de radicalización entre los yihadistas”, en ACOSTA GALLO, P. / ÁLAVA, S. (Edits), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 44.

De este modo, si incluso los propios investigadores que han llevado a cabo el estudio manifiestan que el ratio de personas que se radicaliza de forma autónoma por Internet resulta poco relevante, no se entiende la razón para crear

En cuanto a la “potencial peligrosidad” o “letalidad” de este tipo autónomo de terrorismo, tendríamos que atender al número de ataques de terroristas individuales, mal conocido como “lobos solitarios”, así como al número de víctimas causadas. La “peligrosidad”, el carácter de riesgo del crimen organizado de corte terrorista reside precisamente en el grupo de personas organizadas con fines subversivos⁷⁷⁶. Inevitablemente pues, la carencia de este elemento estructural lo hace menos eficaz. Baste para ilustrar esta idea las consecuencias en rédito de pérdidas humanas y económicas de ataques como el 11S, 11M o 13N que se saldaron con un número de víctimas que rondarían aproximadamente entre los 2977 (11S)⁷⁷⁷ y los 192 (11M)⁷⁷⁸ con los ataques de Túnez o el atentado de Barcelona con un resultado de 39⁷⁷⁹ y 16⁷⁸⁰ víctimas mortales respectivamente.

No se pretende aquí infravalorar el impacto de los ataques terroristas en base al número de víctimas causado, sino atender a la “efectividad” del terrorismo por la capacidad de lesión de bienes jurídicos causados y no tanto por el impacto mediático del mismo. Esto, nos lleva a una clara conclusión: los ataques llevados a cabo por un grupo de personas resultan más letales y eficaces que uno perpetrado por un único sujeto, que

una alarma generalizada entre la población, tipificando de forma exacerbada la conducta y su pena de entre dos y cinco años de prisión.

⁷⁷⁶ El elemento estructural es una característica esencial para dotar la conducta de especial peligrosidad. Así TERRADILLOS BASOCO expresa que: “Requiere la actuación de un aparato organizativo que, con dosis variables de estabilidad, jerarquización y división de funciones, es *conditio sine qua non* de peligrosidad expansiva en el tiempo y en el espacio, que es el medio idóneo para difundir el terror”. Vid. TERRADILLOS BASOCO, J.M., “Terrorismo yihadista...”, Op. Cit., p. 33.

Igualmente, CANCIO MELIÁ entiende que se trata de incluso “una tipificación que no cuadra de ningún modo con la orientación de la regulación española en este sector, estructurada en torno a la especial peligrosidad de las organizaciones terroristas”. Vid. CANCIO MELIÁ, M., “¿Derecho Penal del Enemigo?”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 102.

⁷⁷⁷ Noticia “September 11 Terror Attacks Fast Facts”, en CNN, en (última visita: 31/12/2018): <https://edition.cnn.com/2013/07/27/us/september-11-anniversary-fast-facts/>

⁷⁷⁸ “Víctimas del 11M”, en *Fundación de Víctimas del Terrorismo*, en (última visita: 13/03/2017): http://www.fundacionvt.org/index.php?option=com_content&task=view&id=228&Itemid=101

⁷⁷⁹ Noticia “Tunisia attack on Sousse beach «kills 39»”, en BBC news, en (última visita: 31/12/2018) <https://www.bbc.com/news/world-africa-33287978>

⁷⁸⁰ REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils*, en (última visita: 31/12/2018):

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari12-2018-reinares-garciacalvo-analisis-atentados-terroristas-barcelona-cambrils

además lleva a término la acción de forma desorganizada y con herramientas y métodos menos sofisticados. Este aspecto, asimismo, queda sin fuerza legitimadora.

Y, por último, si tenemos en cuenta las fechas de promulgación y publicación de la LO 2/2015 y la Decisión Marco de marzo de 2017 se puede comprobar de forma sencilla que es imposible que la introducción del art. 575.2 CP en nuestro Ordenamiento Jurídico fuera por inspiración y recomendación de las instituciones de la Unión Europea, ya que la LO 2/2015 es anterior a la Decisión Marco. Así, esta razón carece también de fuerza.

A la luz de los datos me allano a la opinión de POLAINO NAVARRETE en lo referente al antiguo art. 483 del CP de 1973 (perfectamente aplicable al art. 575.2 CP), cuando determina que “constituye un delito de sospecha, que implica el establecimiento de una responsabilidad penal objetiva por el resultado, que entra en la más abierta vulneración imaginable del principio de culpabilidad del autor, adoleciendo además, en último extremo, del gravoso inconveniente de la insubsanabilidad de la condena impuesta por sospecha infundada”⁷⁸¹.

De este modo, la sospecha es “infundada” o, al menos, no lo suficientemente fundada para desvirtuar la presunción de inocencia⁷⁸².

La identificación del radical con el terrorista supone afirmar que por el solo hecho de informarse y “asumir” unos dogmas ya equivale a cualquier otro delito terrorista, incluso a uno que cause la efectiva lesión o desaparición del bien jurídico. Es decir, de acuerdo con esta concepción, es tan terrorista el sujeto que busca información y se radicaliza por medio de Internet como aquel que atenta contra la vida de las personas, causando, además, numerosas muertes⁷⁸³.

Asumir una serie de suposiciones, especialmente en temas tan graves como la aceptación de la consideración de la calificación de terrorista, aunque solo se comulgue con el ideario, entraña consecuencias bastante graves que puede llevar a lo que ya ocurrió

⁷⁸¹ POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 1982, p. 229.

⁷⁸² En este aspecto se profundizará más en el Capítulo VI, al que nos remitimos.

⁷⁸³ PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 22.

con la STS 677/2018, de 20 de diciembre. De acuerdo con esta sentencia, se condena a un varón por asestar un bofetón a su pareja (mujer) por un delito de violencia de género, cuando esta le agredió con un puñetazo, a la que se le condenó por un delito de violencia doméstica. Al igual que ocurre con el delito de autoadocctrinamiento terrorista, la calificación del tipo delictivo no se basó en hechos, sino en suposiciones, en este caso en concreto en suponer que por pertenecer al género masculino su intención era vejatoria para con la otra parte, sin que esta interpretación fuera tenida en cuenta para calificar el ataque de su pareja. Fueron muchas las críticas que destacaban esta sentencia como una muestra de un Derecho Penal de Autor, siendo la primera de estas críticas el propio voto particular de dicha sentencia. En él se pone de manifiesto que “no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer”⁷⁸⁴, pues, como continua afirmando, “(...)esa pauta cultural negativa o ese contexto de dominación en el que debe apreciarse que se ejecutan los hechos, necesita ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y de presunción de inocencia”^{785/786}.

Estos mismos argumentos podrían utilizarse esta vez para el delito de autoadocctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP. No basta con el “hecho” de que el sujeto comulgue con la ideología extremista de DAESH para que sea ya considerado por el legislador como un terrorista, pues contravendría, en primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia (art. 25 CE), en segundo lugar, el principio de responsabilidad por el hecho, y, en tercer lugar, el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE)⁷⁸⁷.

⁷⁸⁴ STS 677/2018, de 20 de diciembre (ID CENDOJ: 28079129912018100008 / PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET).

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

⁷⁸⁶ Así lo ponen de manifiesto OBREGÓN GARCÍA / GÓMEZ LANZ, cuando dejan patente que, en el caso de los fenómenos mentales “como los sentimientos, las percepciones, los pensamientos, los deseos, los actos de la imaginación y del recuerdo, etc. La ausencia de responsabilidad penal en estos casos es la manifestación más patente del principio de responsabilidad por el hecho, recogido en el art. 10 CP”. Vid. OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de la Teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, p. 53.

⁷⁸⁷ Así lo ponen de manifiesto OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, cuando dejan patente que, en el caso de los fenómenos mentales “como los sentimientos, las percepciones, los pensamientos, los deseos, los actos de la imaginación y del recuerdo, etc. La ausencia de responsabilidad penal en estos casos es la manifestación más patente

III. EL SUJETO PASIVO: ¿LA COLECTIVIDAD DE LA SOCIEDAD O EL PROPIO ESTADO Y SUS INSTITUCIONES?

1. Visión general. La dificultad de la identificación del sujeto pasivo en los delitos de bienes jurídicos colectivos

La indeterminación del precepto, así como su abstracto bien jurídico complican la identificación del sujeto pasivo. Aunque podría parecer sencillo de identificar el sujeto pasivo de un delito partiendo del bien jurídico y teniendo en cuenta que es el titular del bien jurídico lesionado por el delito⁷⁸⁸, en realidad no resulta así de fácil.

El sujeto pasivo se identificará con “el titular del bien jurídico protegido, o más exactamente, el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro. Es un concepto distinto del sujeto pasivo de la acción, que es la persona sobre la que recae la conducta típica. En muchos casos coinciden, pero esta coincidencia de personas no siempre es así”⁷⁸⁹. Por lo que, sujeto pasivo y aquel que sufra la conducta delictiva podrán no coincidir. Al tratarse de un delito pluriofensivo pues, se tendrá en cuenta que aparecerán varios sujetos pasivos. Por ejemplo, en el caso de un atentado terrorista con resultado muerte, la persona que ha muerto es sujeto pasivo de la acción, así como sujeto pasivo entendido como titular del bien jurídico, que también lo sería el Estado o la sociedad, dependiendo de qué resulte de este estudio.

Así, el sujeto pasivo no solo se limita a la persona física, sino que puede adoptar distintas formas, ya sea una persona física mayor o menor de edad, una persona jurídica y hasta el Estado y la sociedad^{790/791}.

del principio de responsabilidad por el hecho, recogido en el artículo 10 CP”. Vid. OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 53.

⁷⁸⁸ DEMETRIO CRESPO, E., “Lección 13. Tipicidad”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 3ª Edición, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, p. 206.

⁷⁸⁹ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal (Parte general y parte especial)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 244.

⁷⁹⁰ Vid. DEMETRIO CRESPO, E., “Lección 13...” , Op. Cit., pp. 207 y ss.

⁷⁹¹ Cabe recordar que no tiene por qué coincidir con el afectado o con la persona sobre la que recae la acción del delito. Vid. COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, p. 282.

Ahora bien, teniendo en cuenta estos datos se procede a la identificación del sujeto pasivo en el delito de autoadocctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). Si como bien dice BUSTOS RAMÍREZ, el sujeto pasivo deriva del bien jurídico, puesto que el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico⁷⁹², es importante traer a colación el “bien jurídico protegido” del art. 575.2 CP. No repetiré aquí la polémica que entraña el bien jurídico en los delitos de terrorismo, pues ya los puse de manifiesto en el Capítulo I. No obstante, resulta imprescindible recordar un par de notas.

En primer lugar, los delitos de terrorismo son delitos pluriofensivos⁷⁹³, es decir, que afectan a más de un bien jurídico: uno directo y otro indirecto, que sirve de medio para proteger el primero. Normalmente, el bien jurídico principal es la seguridad ciudadana; mientras que el indirecto dependerá del delito cometido siendo, en la mayoría de los casos, un bien jurídico individual. De hecho, es así como únicamente valdría la aceptación de la protección de los bienes jurídicos colectivos: siempre y cuando sirvan como medio para proteger a un bien jurídico individual^{794/795}.

Como iba diciendo anteriormente, el bien jurídico protegido en el delito regulado en el art. 575.2 CP se configura como la seguridad ciudadana o colectiva. Bien jurídico, que además destaca por su ambigüedad y su carácter abstracto, no se puede concretar en un solo sujeto pasivo. Así pues, cabe deducir si la seguridad ciudadana pertenece a la sociedad o si, en realidad el Estado y sus instituciones serían los verdaderos sujetos pasivos o, yendo más allá, si fueran dos los sujetos pasivos de este delito: la sociedad y el Estado y sus instituciones.

⁷⁹² BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Control social y...*, Op. Cit., p. 276.

⁷⁹³ VERA SÁNCHEZ, J.S., “De la tenencia, tráfico y ...”, Op. Cit., p. 1701.

⁷⁹⁴ ROXÍN, C., “El concepto de bien jurídico...”, Op. Cit., p. 11.

⁷⁹⁵ Sin embargo, con el delito de autoadocctrinamiento este esquema no se sigue: la propia posesión u acceso a contenido de naturaleza terrorista no afecta a un ningún bien jurídico individual, ni siquiera de forma remota. *Vid.* Capítulo III y Capítulo IV.

1.1. La colectividad de la sociedad como sujeto pasivo de la conducta de autoadoctrinamiento terrorista

Con la nueva concepción del mundo y la tendencia a la aparición de bienes jurídicos colectivos, se hace patente de forma simultánea la aceptación de la sociedad como sujeto pasivo de delitos. Existen numerosos casos, como pueden ser los delitos contra el medio ambiente, los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo junto con los delitos de terrorismo, entre otros.

Si se trae aquí de nuevo el concepto de bien jurídico, el cual se materializa en intereses esenciales para la correcta convivencia en sociedad⁷⁹⁶. Se tendría que aceptar pues que la sociedad, cada vez más, necesita de otros “intereses” “no tradicionales” para esta convivencia. Es así cómo han surgido nuevas necesidades, entre las que destaca la preocupación por el medio ambiente, la economía, o el sistema financiero⁷⁹⁷, por ejemplo. A este grupo, asimismo, pertenecería la seguridad ciudadana.

Es cierto que, para que cada miembro de la sociedad pueda desarrollar su propia personalidad, así como ejercer sus derechos, resulta necesaria una razonable paz, una seguridad en la calle al nivel de tener una más o menos certeza de que se podrá llevar a cabo el ejercicio de los derechos y las libertades. Es decir, derechos como la libertad de expresión, la vida o el honor, resultan más complicados a la hora de recibir cobertura en un entorno inseguro, ya sea por enfrentamientos bélicos o bien por la inseguridad que genera un Estado no democrático en el que no prospera un principio de pluralidad como el que el art. 1.1 de nuestra Constitución defiende. Para que un sujeto sea libre pues, deberá estar seguro de que su conducta no será reprimida o castigada⁷⁹⁸, de ahí la importancia del principio de taxatividad que se estudió anteriormente. Por lo tanto, si

⁷⁹⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico ...”, Op. Cit., p. 17.

⁷⁹⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, B., “¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, pp. 112; y pp. 118 – 119.

⁷⁹⁸ Así lo defendía PALAZZO: “Para que la libertad pueda ser efectivamente traducida en acciones concretas, es necesario que sea asistida de la seguridad, es necesario entonces que el sujeto, al momento de deliberar la propia acción, pueda confiar con seguridad en la ley y al criterio de aquello que se considera lícito e ilícito. (...) En definitiva, el ejercicio de los derechos de libertad de parte del ciudadano, cualquiera que sea su contenido, aun el más reducido, presupone siempre la posibilidad de prever la punibilidad o la licitud del propio hacer”. Vid. PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza ...*, Op. Cit., pp. 165 y ss.

existe un atentado terrorista, las personas se verán imposibilitadas a ejercer sus derechos y, debido al miedo, no correrán el riesgo de siquiera intentarlo.

Incluso llega al nivel de la amenaza o a una remota inseguridad, como es por ejemplo la causada por el delito de apología del terrorismo. Aun no resultando una conducta tan grave como cualquier otra conducta de terrorismo (salvando las distancias con el delito de autoadoctrinamiento terrorista) se rechaza dicha conducta, en la que el sujeto pasivo recae sobre la sociedad. Y es que no existe un sujeto pasivo concreto, pues cuando se realiza una apología del terrorismo se ofende a la sociedad en su conjunto, ya que, de alguna manera, revive aquel acontecimiento que sí atacó directamente a la sociedad en general, aunque afectase de forma directa a una parte en concreto de la misma. Opinión que, aun siendo cierta en un plano real, físico, poco tendría que reprocharle el Derecho Penal al no ser un ataque certero y directo contra un bien jurídico. Este ataque, ni siquiera una puesta en peligro, puesto que de lesionar algo, estaría lesionando una suerte de “moral común”⁷⁹⁹, es inaceptable como bien jurídico de interés para el Derecho Penal de Garantías, encuadrable incluso en el derecho a la libertad de expresión del art. 16 CE.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con el delito de autoadoctrinamiento terrorista. Aunque el delito de autoadoctrinamiento terrorista se le asigne automáticamente el bien jurídico “seguridad ciudadana” por el solo hecho de su ubicación sistemática en el Código Penal, lo cierto es que no se me ocurre ninguna manera de como un sujeto puede afectar a la sociedad por el solo “hecho” de acceder a webs de contenido terrorista o a poseer información de igual naturaleza. Lo que sí ocurre es que se da una circunstancia “molesta”, desaprobada por la gran mayoría de la población y que, además, produce un gran terror en ella. Pero, reiterándome a lo anteriormente expresado: la moral no es aceptable como interés a proteger por el Derecho Penal, en este caso bien jurídico y moral no coinciden. Así pues, la sociedad no sería el sujeto pasivo del delito de autoadoctrinamiento terrorista.

⁷⁹⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 87.

1.2. El estado y sus instituciones como sujeto pasivo de la conducta de autoadoctrinamiento terrorista

Por otro lado, se encuentra el Estado y sus instituciones, los cuales también pueden configurarse como sujetos pasivos del delito. Esto ocurre con, por ejemplo, los delitos contra la administración de justicia o los delitos contra el sistema financiero, en los que se protege una parte de la estructura estatal, una institución, pero que sin la cual el Estado no podría existir⁸⁰⁰.

Es obvio que sin el Estado y sus instituciones la Democracia no se podría sostener y no existiría como tal, por lo que se trata de una realidad a proteger. Una realidad que precisa de protección, pero no a cualquier precio. El Estado, se deberá defender cuando exista una situación de especial necesidad que así lo requiera y, para lo cual, existen los Estados excepcionales⁸⁰¹. Lo que no incluye delitos de escasa entidad como es el delito de autoadoctrinamiento terrorista.

Como ya se apuntó en el Capítulo III, en realidad el delito regulado en el art. 575.2 CP lo que protege es la vigencia de la norma⁸⁰², norma que hace referencia al sistema en sí. Una protección basada en la estricta legitimación de la protección del autoritario “porque sí” y no fundamentada en ningún bien jurídico de relevancia penal.

Este rasgo que parece insignificante, en realidad supone una importante peligrosidad para el Derecho Penal de Garantías. La defensa del Estado⁸⁰³, por medio de la intervención (casi sin límites) por parte de este se configura como un rasgo indiscutible

⁸⁰⁰ Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del Delito de regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social del art. 307 CP. De acuerdo con la opinión del profesor BUSTOS RUBIO, el bien protegido que se tutela con la prohibición de dicha conducta residiría en la función recaudatoria del Estado, con el fin de proteger a la Seguridad Social de un modo dinámico y, con esta, a las instituciones y garantías más básicas de la estructura democrática. *Vid.* BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 52 y ss.

⁸⁰¹ MOZO SEOANE, A., “Estados excepcionales y fuerzas armadas”, en *Boletín de Información*, n. 221, 1991, p. 9, en: https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/b/o/boletin_ceseden_221.pdf

⁸⁰² Se trata, como bien interpreta SILVA SÁNCHEZ, de “la mera administración de la seguridad frente a enemigos”. *Vid.* SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Del Derecho abstracto al Derecho “real”. Recensión a Günther Jakobs, *La pena estatal: significado y finalidad* (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 377, oct. 2006, p. 5.

⁸⁰³ PRIETO NAVARRO, E., “Excepción y normalidad ...”, *Op. Cit.*, p. 95.

del Derecho Penal del Enemigo⁸⁰⁴. Así, JAKOBS defiende que el Derecho Penal debe proteger al Estado a toda costa de sus “enemigos” aunque sea sacrificando los derechos y garantías fundamentales⁸⁰⁵, como son, en este caso en particular, el derecho a la libertad de pensamiento (art. 16 CE), o garantías como las que ofrecen principios tales como el principio de lesividad.

Esto nos lleva a la conclusión de que en realidad es el Estado el verdadero sujeto pasivo del delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP. Todo parece apuntar a que el legislador no acepta pensamientos que sean una potencial amenaza (aun remota) a su estructura. Desea evitar cualquier riesgo que pueda hacer tambalear su integridad, llegándose de este modo a lo que ya expresó de forma magistral PÉREZ CEPEDA y a cuya opinión me sumo: “El derecho se convierte así, en puro Derecho de Estado, en el que el Derecho sirve para expandir y conservar el poder del Estado mediante el aseguramiento del dominio sobre un territorio y su población. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el Ordenamiento Jurídico se convierte en un instrumento puramente tecnocrático funcional sin ninguna referencia a un sistema de valores o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valores tenga la fuerza y el poder para imponerlos, de manera que lo que realmente importa es la conservación de los intereses del sistema, la capacidad funcional de sus órganos y la defensa del Estado a través de las garantías del propio Estado, y ello aunque sea necesario minimizar los Derechos Fundamentales a través de un Derecho penal del Enemigo que pretende alcanzar su exclusión o inocuización etiquetando a determinados sujetos en organizaciones como terroristas”⁸⁰⁶.

El delito de autoadoctrinamiento terrorista no deja de ser problemático en cuanto a su encaje en la teoría jurídica del delito, incluso cuando se trata de identificar a los sujetos activo y pasivo del delito.

De este capítulo se puede poner de manifiesto lo siguiente:

⁸⁰⁴ MUÑOZ CONDE, F. “¿Es el Derecho Penal Internacional...?, Op. Cit., pp. 97 y ss.

⁸⁰⁵ JAKOBS, G., *La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez)*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pp. 176 y ss.

⁸⁰⁶ PÉREZ CEPEDA, A.I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 172.

El hecho de que el bien jurídico “protegido” en el delito de autoadoctrinamiento terrorista sea la seguridad ciudadana, bien jurídico difuso y abstracto, provoca alteraciones en la configuración tradicional de los sujetos activo y pasivo del delito.

Al no requerirse una circunstancia especial en el sujeto que realiza la acción de posesión o acceso, el autoadoctrinamiento se configura como un delito común, y además un delito de propia mano, ya que es el mismo sujeto el que desarrolla la conducta criminal.

Ahora bien, el sujeto en ningún momento puede ser (aún) miembro de una organización o grupo terrorista, ya que uno de los mismos fines del delito del art. 575.2 CP es el de la incorporación a una de estas estructuras de naturaleza terrorista.

Sin embargo, el delito que nos ocupa adolece (además) de ser tachado de delito de sospecha. Y es que el legislador ya presupone que por el solo “hecho” de radicalizarse, este sujeto llevará a cabo un delito más grave de naturaleza terrorista. Así, se asimilan los conceptos de terrorista y radicalizado, perdiendo todo su efecto el derecho a la presunción de inocencia. Resulta aún más grave si se tiene en cuenta que la equiparación a terrorista perjudica al radicalizado, ya que en ningún momento ha lesionado bien jurídico alguno, ni siquiera lo ha llegado a poner en peligro.

El legislador pues, no atiende a los hechos cometidos, sino que presta más atención al supuesto acontecimiento que ocurriría (o no) en un futuro hipotético. Concentrándose, de este modo, en la peligrosidad (potencial e incierta) del sujeto activo, que además no es tan letal como puede llegar a ser un ataque perpetrado por un conjunto de personas. Es así como el delito de autoadoctrinamiento falta una vez más al principio de culpabilidad, declarándose como un Derecho Penal de Autor y, por ende, un Derecho Penal del Enemigo.

Si se analiza, esta vez, el sujeto pasivo, de igual modo surgen dudas sobre su concreción. En los delitos en los que se protegen bienes jurídicos colectivos, normalmente su sujeto pasivo también tiene un carácter de conjunto. Aceptando que el bien jurídico que se protege es la seguridad ciudadana, es imposible que las conductas de posesión o de acceso (lo cual puede identificarse como una consulta, o en el mero consumo de información) pueda significar un peligro para la sociedad a la hora de ejercer los Derechos

Fundamentales, de igual manera que no supone un inconveniente que altere la seguridad ciudadana o el orden público para el desarrollo de una correcta convivencia en sociedad.

Únicamente, como ya expresé, se trata de una concepción rechazada por la generalidad de la población, pero tan solo eso: un ideario. Una moral que no trasciende más allá del reproche social, pero nunca merecedora de una respuesta penal.

Más sentido tiene que el verdadero sujeto pasivo de la conducta del delito de autoadoctrinamiento terrorista sea en realidad el Estado y sus instituciones. El único inconveniente reside en que no trata de dar respuesta a la lesión de un bien jurídico individual trascendente, sino que se concentra en su propia defensa. La protección de sus intereses, valores y, especialmente, la defensa de su mantenimiento en el poder. Y esto es fácil de ver si tenemos en cuenta las consecuencias extraídas del Capítulo III. El delito de autoadoctrinamiento realmente no protege un bien jurídico sustancial, sino que su verdadera pretensión es la protección de la vigencia de la propia norma, ni más ni menos. Norma en la que viene representada todo este sistema de valores y su estructura esencial, sin ocasión de proteger los bienes jurídicos individuales para la convivencia en sociedad.

El Derecho Penal muta, de este modo, a un Derecho al servicio del Estado, con la función única y exclusiva de protegerlo, aunque eso signifique reducir el margen de ejercicio de los Derechos Fundamentales, una característica más del Derecho Penal del Enemigo.

La asimilación del “radicalizado” con el terrorista abre la discusión sobre la posible existencia a un Derecho Penal de Autor, por el que se están castigando meras suposiciones y devaluando el principio de culpabilidad con ello. Concluyo entonces, que en este análisis se ha demostrado de nuevo que están presentes manifestaciones inequívocas (y preocupantes) del Derecho Penal del Enemigo.

CAPÍTULO VI

EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA

I. INTRODUCCIÓN. EL TIPO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO

Una vez que se ha analizado el tipo objetivo del delito se procede a estudiar el tipo subjetivo, el cual, de acuerdo con DEMETRIO CRESPO podemos definir como la comprensión de “aquellos elementos que dotan de significación personal a la realización del hecho, en particular, el carácter voluntario de la conducta llevada a cabo de manera dolosa o imprudente, así como los llamados «elementos subjetivos especiales de lo injusto»”⁸⁰⁷. Y es que la conducta, desde el punto de vista objetivo no resulta suficiente, sino que las personas, a la hora de actuar, ya sea para cometer un ilícito penal o no hacerlo, cargan esta conducta con un significado que viene dotado por su subjetividad.

De hecho, la del tipo subjetivo es una función de vital importancia, pues será la que “dote de contenido concreto a la infracción de la norma en tanto que infracción personal”, admitiéndose exclusivamente dicha infracción por el Derecho Penal “si se expresa con un contenido subjetivo, es decir: con una determinada posición de la persona respecto a la norma infringida”⁸⁰⁸. Por lo tanto, no bastará, en el caso en el que nos atañe, con el mero acceso o posesión, sino que estas conductas, a su vez, deben ir gobernadas por una especial “voluntad”⁸⁰⁹.

Y aunque el tipo subjetivo sea constituido principalmente por el dolo, acaparando con frecuencia el protagonismo en esta parcela de tipicidad, no es menos cierto que, “determinados elementos subjetivos debía considerarse elementos del tipo de lo injusto, pues sin tener en cuenta esas especiales intenciones, ánimos o tendencias con las que

⁸⁰⁷ DEMETRIO CRESPO, E., “Lección 13...”, Op. Cit., p. 205.

⁸⁰⁸ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho Penal*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 139.

⁸⁰⁹ Sin dicha concurrencia no podría darse el delito en sí, ya que se necesita la combinación del tipo objetivo y del tipo subjetivo. Y así lo confirma PÉREZ DEL VALLE, “implican, por tanto, una valoración del comportamiento”, cuya ausencia “excluye la punibilidad de comportamientos, porque afecta a su gravedad”. Vid. PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho...*, Op. Cit., p. 149. / Del mismo modo piensa TÉLLEZ AGUILERA refiriéndose a los elementos subjetivos del tipo como “aquellos que sirven al bien jurídico protegido, de tal manera que sin su presencia no se habrá cometido el tipo de injusto”. Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal. Parte General (adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015, p. 287.

debía actuar el sujeto, no podía comprenderse lo injusto específico del delito en cuestión”^{810/811}.

Es lo que efectivamente ocurre con el delito de autoadoctrinamiento respecto del cual se debe este estudio. El precepto, literalmente, determina que “con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo”, es decir, que existe un elemento subjetivo redoblado y, por lo tanto, con elementos diferenciados y específicos: “capacitarse”, por un lado y, para “cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo”, por otro.

Así, de no concurrir la capacitación para cometer un delito tipificado en el Capítulo VII, no se daría un delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP. De hecho, ya lo han advertido diversas normas entre las que destaca la Directiva europea 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017. De acuerdo con dicha norma, esta advierte que “por el contrario, el mero hecho de visitar sitios web o de recopilar materiales con fines legítimos, como fines académicos o de investigación, no se considera recepción de adiestramiento para el terrorismo a tenor de la presente Directiva”⁸¹². De este modo, el mero acceso o posesión de este tipo de información no se consideraría una conducta típica de no ir gobernada por una finalidad específica: capacitarse para cometer un delito de los tipificado en el Capítulo VII del Tít. XXII.

A la luz de estos motivos se procederá al análisis del dolo, para luego dar paso a los elementos subjetivos específicos, esto es, captación y finalidad de comisión de delitos del Capítulo VII.

⁸¹⁰ GIL GIL, A., “Lección 10. El delito como acción típica: el tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 223.

⁸¹¹ Es el caso del delito de hurto, cuya conducta tendrá que ir dirigida por el “ánimo de lucro” del sujeto, cosa que asimismo sucede con el delito de injurias, que deberá presentarse con el *animus iocandi*, de lo contrario no estaríamos ante una conducta típica.

⁸¹² Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, *relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo*, párr. 11.

II. LA FUNCIÓN DEL DOLO EN EL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA

1. Introducción. Breve aproximación al concepto de dolo. Dolo natural: concepto y contenido

Como dice PÉREZ DEL VALLE, “el tipo subjetivo doloso (dolo) supone, en principio, la evitabilidad mayor y más grave, y se explica a partir del caso del autor que conoce el riesgo de realización del tipo”⁸¹³. En efecto, el dolo se localiza en el núcleo del tipo subjetivo, del mismo modo que lo hace la conducta en el tipo objetivo. De acuerdo con esto, el dolo es el que va a modular la tipología de ilícito penal, diferenciándose entre “delito doloso”, por una parte; y “delito imprudente”⁸¹⁴, por otra.

Pero volviendo al hilo central de este estudio, ¿qué se entenderá por dolo? A pesar de que la gran mayoría de los delitos tipificados en el Código Penal son delitos dolosos, el Código Penal no define qué debe entenderse por dolo⁸¹⁵. Esto ha traído consigo una gran discusión doctrinal en las últimas décadas acerca de distintos aspectos de este elemento del tipo subjetivo. Discusiones que merecen aclaración en este momento antes de proceder a analizar la función del dolo en el delito de autoadcoctrinamiento del art. 575.2 CP.

Así pues, una de las grandes discusiones que la doctrina penal, ya sea española o fuera de nuestras fronteras, se materializa en el concepto de “dolo”. De esta manera, la doctrina ha estado discutiendo sobre el contenido de dicho término y además sobre los elementos que lo integran.

⁸¹³ PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho ...*, Op. Cit., p. 139.

⁸¹⁴ De hecho, mientras que el dolo, como veremos en las próximas líneas, consiste, al menos grosso modo, en “la evitabilidad mayor y más grave, y se explica a partir del caso del autor que conoce el riesgo de realización del tipo” y aún así decide emprender su conducta pues es eso lo que desea que se produzca; en el caso del tipo subjetivo imprudente la evitabilidad es menos grave pues el autor desconoce el riesgo de realización del tipo, en la que existe una desobediencia a la norma de cuidado, y no una voluntad expresa, consciente y directa de efectivamente querer que se produzca el delito en sí. *Vid.* PÉREZ DEL VALLE, C., *Lecciones de Derecho...*, Op. Cit., p. 139.

⁸¹⁵ GIL GIL, A., “Lección 10...”, Op. Cit., p. 225.

De acuerdo con la doctrina causalista clásica, el dolo se concebía como *dolus malus*, el cual venía determinado por el conocimiento y la voluntad de los hechos, y además por la propia conciencia de su significación antijurídica, esto es, el conocimiento del Derecho⁸¹⁶. Así, se entendía que el sujeto, no solo debía tener conocimiento de los hechos y la voluntad de llevarlos a cabo, sino que igualmente debía tener conciencia de que dicha conducta era contraria a Derecho. Sin embargo, pronto esta concepción cedió a la doctrina finalista, ya que resultaba poco práctica. La doctrina causalista tendría poco éxito debido a que en la actualidad el número de delitos abstractos y técnicos, como sucede con el Derecho Penal Económico, ha incrementado.

Por otra parte, se encuentra la concepción sostenida por ROXÍN, que establece que el dolo consiste en “«saber y querer (conocimiento y voluntad)» de todas las circunstancias del tipo legal”⁸¹⁷. De este modo, esta ha sido la definición adoptada por la doctrina española, que entendería el dolo como “la conciencia y voluntad del sujeto de realizar el hecho tipificado objetivamente en la figura delictiva”⁸¹⁸. Aunque no existe un concepto unitario del término, la gran mayoría de los autores coinciden a la hora de darle contenido a este concepto.

MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN por dolo entienden la “conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de un delito”⁸¹⁹, concepción a la que se suma GIL GIL, cuando dice que el dolo consiste en “conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo”⁸²⁰. Para MIR PUIG el llamado “dolo natural” es “el conocer y querer la realización de la situación objetiva descrita por el tipo del injusto, y no requiere que se advierta que dicha realización es antijurídica (no incluye la conciencia de la antijuridicidad)”⁸²¹.

⁸¹⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 266.

⁸¹⁷ ROXÍN, C., *Parte General. Tomo II: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003, p. 415.

⁸¹⁸ ARROYO ZAPATERO, L., “Lección 11. El tipo de injusto doloso”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, p. 188.

⁸¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 251.

⁸²⁰ GIL GIL, A., “Lección 10...”, Op. Cit., p. 226.

⁸²¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 267.

Como se puede observar las definiciones dadas la doctrina se puede llegar a equiparar, identificando incluso elementos en común. En efecto, de acuerdo con estos conceptos se puede deducir que el dolo en realidad está formado por dos elementos básicos: el elemento intelectual, por un lado; y el elemento volitivo, por otro.

El llamado “elemento intelectual” se puede definir como “la conciencia de los elementos objetivos del tipo que concurren en el momento de comenzar la acción típica y la previsión de la realización del resto”⁸²². El sujeto pues, debe saber “qué es lo que hace y conocer los elementos que caracterizan su acción como conducta típica”⁸²³. No obstante, y a diferencia de la doctrina causalista clásica, no es necesario que el sujeto sepa de la ilicitud de la conducta, ya que esto pertenecería más bien a la culpabilidad y no al tipo⁸²⁴.

El elemento volitivo se concibe como “decidirse a favor de la lesión de un bien jurídico”⁸²⁵. El autor, por lo tanto, debe tener una voluntad de actuar, una “voluntad de seguir realizando todos los actos que según su plan le llevarán a realizar el tipo” y aquella “voluntad de que efectivamente esos actos que quiere realizar y las consecuencias que se deriven de los mismos sean precisamente aquellos que el legislador ha elegido como elementos objetivos del tipo”⁸²⁶.

En contraposición con el dolo encontramos el tipo subjetivo imprudente. Mientras que en el tipo subjetivo doloso el sujeto desea que se produzca el delito, en el delito imprudente “el sujeto no quiere cometer el hecho previsto en el tipo, pero lo realiza por infracción de la norma de cuidado”^{827/828}, que no es otra cosa que “la (conducta) que

⁸²² GIL GIL, A., “Lección 10...”, Op. Cit., p. 230.

⁸²³ El sujeto efectivamente tiene que ser plenamente consciente de lo que hace, aunque no sea un conocimiento exacto. No basta pues, “con que hubiera debido o podido saberlo”. Vid. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 251.

⁸²⁴ GIL GIL, A., “Lección 10...”, Op. Cit., p. 231.

⁸²⁵ NÚÑEZ PAZ, M. Á., “CAPÍTULO X. El tipo subjetivo (II). Culpa o imprudencia”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 287.

⁸²⁶ GIL GIL, A., “Lección 10...”, Op. Cit., p. 240.

⁸²⁷ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., pp. 292 y 293.

⁸²⁸ Y es que, como expresa MUÑOZ CONDE, en el delito imprudente no importa tanto la producción del resultado, sino que lo relevante será el modo en el que se llevó a cabo. Vid. MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 268.

debería haber sido realizada en virtud del deber de cuidado que, objetivamente, era necesario observar y que cualquier persona situada en las circunstancias del autor podía haber observado”⁸²⁹. Se trata de una característica importante a la hora de modular la pena, pues obviamente, la conducta que se ha llevado a cabo con dolo será más reprochable desde el punto de vista penal que una que se haya producido por imprudencia. No obstante, este punto lo tendremos en cuenta más adelante.

Como último apunte, y visto que la intensidad del conocimiento y de la voluntad no será la misma en los distintos casos que se den en la realidad, el dolo es capaz de adquirir diversos grados. Gracias a esto, la responsabilidad jurídica derivada del delito podrá verse también afectada, de modo que se considerará más o menos grave dependiendo de su propia intensidad. Se podrán diferenciar diversos tipos de dolo⁸³⁰. En primer lugar, se encuentra el dolo directo, que a su vez se divide en dolo de primer grado y en dolo de segundo grado. El dolo de primer grado es aquel en el que “el autor quiere realizar precisamente el resultado (en los delitos de resultado) o la acción típica (en los delitos de mera actividad)”⁸³¹; mientras que por dolo de segundo grado se entenderá que “el autor no quiere directamente una de las consecuencias que se va a producir, pero la admite como necesariamente unida al resultado principal que pretende”⁸³².

También debemos referirnos al dolo indirecto, también conocido como dolo eventual. Este se daría en el momento en el que el sujeto ve como probable el resultado al que lo llevará su conducta, aunque no quiera que este se produzca, y, pero lo asume y decide seguir con su objetivo⁸³³.

⁸²⁹ *Ibidem*.

⁸³⁰ NÚÑEZ PAZ, M. Á., “CAPÍTULO X...”, Op. Cit., pp. 298 y ss.

⁸³¹ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 254.

⁸³² *Ibidem*.

⁸³³ ARROYO ZAPATERO, L., “Lección 11...”, Op. Cit., pp. 191 y ss.

2. El dolo y el delito de autoadoctrinamiento

Una vez puesto de manifiesto qué se entiende por dolo, traeremos a colación el delito de autoadoctrinamiento terrorista del art. 575.2 CP con el fin de determinar cuál es la función del dolo en el mismo.

En primer lugar, se deberá determinar si se trata de un delito doloso o culposo (imprudente). El delito de autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP se trata de un delito doloso. Y es que difícilmente un sujeto podría llegar a capacitarse de forma imprudente, ya que requiere un estado de concentración elevado para llegar a adquirir un conocimiento, más aún si este requiere una aplicación manual. Por lo tanto, la modalidad imprudente no puede ser admitida en este tipo penal⁸³⁴. Debe ser el propio sujeto quien realice la capacitación de forma autónoma a través del acceso o de la posesión con el único fin de realizar delitos de terrorismo. Debido a que sin esta capacitación no podrá llevar a cabo el delito de naturaleza terrorista que tiene en mente, al menos de forma autónoma, el sujeto deberá actuar de manera consciente y voluntaria.

Así pues, se puede determinar que el delito de autoadoctrinamiento terrorista solo admite la modalidad dolosa a la hora de su comisión. Y, yendo más allá, se puede incluso afirmar que, al mismo tiempo, solo se podría admitir el dolo directo de primer grado. Esto es así ya que el sujeto tiene que estar plenamente convencido de completar dicha capacitación para en un futuro llevar a término un delito de terrorismo. Por consiguiente, el dolo eventual queda descartado, ya que no es que el sujeto no quiera que se dé el resultado y que sea posible su materialización, sino que sería más bien al contrario. Lo que este individuo busca, por medio de esta capacitación, no es otra cosa que la producción del resultado, esto es, la comisión de un delito de terrorismo. Con este mismo argumento se podría rechazar la idea de que se admitiese el dolo directo de segundo grado.

⁸³⁴ En realidad, la gran mayoría de los delitos de terrorismo del Capítulo VII son dolosos. Debido a la finalidad subjetiva específica exigida (art. 573.1 CP) y la gravedad de la conducta y de su resultado, resulta complicado pensar que en un contexto como es el terrorista, un sujeto pudiera actuar de forma imprudente. De hecho, tan solo en dos tipos delictivos se admitiría la modalidad imprudente, los cuales son: la financiación del terrorismo (art. 576 CP) y la colaboración con organización o grupo terrorista (art. 577 CP). Ambas modalidades fueron introducidas en el Código Penal español en un ambiente de controversia, ya que, de acuerdo con la doctrina, las conductas relacionadas con el terrorismo, entre las que se incluyen estas dos modalidades, se caracterizan por su extrema gravedad y además por la exacerbación de las penas de dichos delitos, llegándolos a calificar incluso como “delito orwelliano”. *Vid.* TERRADILLOS BASOCO, J. M., “Terrorismo yihadista y ...”, *Op. Cit.*, p. 48.

El sujeto está decidido a desarrollar ambas finalidades: la capacitación y la comisión de algún delito de terrorismo⁸³⁵.

De este modo, y al afirmar que el sujeto efectivamente es consciente de que desarrolla todos y cada uno de los elementos del tipo penal y que igualmente desea realizar esta conducta en un futuro, podemos concluir que el dolo que debe estar presente no podría ser otro que no fuera el dolo directo de primer grado^{836/837}. De hecho, así lo afirman CUERDA ARNAU / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, “para que la conducta pueda ser imputada al autor, ha de ser realizada con dolo que, a nuestro parecer, ha de ser necesariamente directo de primer grado, no siendo admisible el dolo directo de segundo grado ni, por supuesto, con mayor motivo, el eventual”⁸³⁸.

Otro elemento muy importante y que se encuentra en relación con los elementos del tipo subjetivo (capacitarse y cometer delitos de naturaleza terrorista) es que este dolo debe abarcar todos y cada uno de los elementos del tipo penal el art. 575.2 CP⁸³⁹. El sujeto en todo momento debe ser consciente de que está accediendo de un modo habitual a contenido de carácter terrorista, o que posee dicho contenido de alguna forma en un dispositivo e, igualmente, debe conocer que se está capacitando para cometer un delito de terrorismo. Pero no acaba aquí la exigencia, sino que para que efectivamente se pueda hablar de dolo el sujeto debe desear, al mismo tiempo, la realización de todos los elementos del tipo delictivo del art. 575.2 CP, ya que, sin esta voluntad no existiría el dolo⁸⁴⁰.

⁸³⁵ De hecho, lo que se podría decir es que dicha capacitación funciona como puente entre el momento inicial y la efectiva producción del atentado terrorista, por lo que podría aplicarse un concurso medial entre el delito de autocapacitación y el efectivo delito de terrorismo si el individuo diera inicio a la fase ejecutiva del delito.

⁸³⁶ El autor no se representa el resultado como posible (dolo eventual) o inevitable (dolo directo de segundo grado), sino que es ese precisamente el resultado que busca, el de la comisión de un delito de terrorismo.

⁸³⁷ NÚÑEZ PAZ, M. Á., “CAPÍTULO X...”, Op. Cit., pp. 299 y ss.

⁸³⁸ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 224.

⁸³⁹ De acuerdo con SANTA RITA TAMÉS, “en el caso de los delitos mutilados de dos actos, la existencia de la intención finalista que va más allá del dolo significa que el sujeto realiza el tipo objetivo con la intención de alcanzar una finalidad ulterior consistente en una nueva conducta del autor que deberá de llevar a cabo el propio sujeto, con independencia de que consiga o no realizar dicho nuevo comportamiento”. Vid. SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista...*, Op. Cit., p. 452.

⁸⁴⁰ De este modo lo expresa ARROYO ZAPATERO, quien afirma que “además de conocer las circunstancias del hecho típico se requiere la voluntad de su realización. Si el hecho se realiza, pero el que se produzca no es fruto de la decisión incondicional de realizarlo, no hay dolo”, ilustrando incluso este enunciado con un ejemplo muy adecuado: “Así, no hay dolo de matar si el agente disparó su arma al aire para intimidar al ladrón en su huida, aunque un rebote de la bala

Resumiendo, se puede concluir que el delito de autoadoctrinamiento terrorista se puede clasificar como delito doloso, en el que incurriría un dolo directo de primer grado y que además en cada una de las fases del delito debería estar presente este elemento del tipo subjetivo.

III. PRIMER ELEMENTO SUBJETIVO DEL DELITO DE AUTOADOCTRINAMIENTO TERRORISTA: EL DOLO DE CAPACITARSE

1. Introducción. Algunas contradicciones a raíz de la actual interpretación del término “capacitación”

El delito de autoadoctrinamiento terrorista, como ya hemos tenido ocasión de ver, es un delito que solo se verá ejecutado en el momento en el que, además de darse el elemento objetivo (acceder o poseer contenido de naturaleza terrorista), este venga seguido de una doble finalidad: capacitarse, por un lado; y cometer delitos de terrorismo, por otro.

El precepto exige por tanto que el tipo objetivo se realice con la intención de, en primer lugar, capacitarse para después cometer un delito de terrorismo. Y es que la primera finalidad subjetiva, esto es, la “capacitación” es una *conditio sine qua non*, sin la que el sujeto no podría llegar a cometer un delito de terrorismo⁸⁴¹.

terminara causando la muerte, si bien puede haberse dado lugar a un delito imprudente de homicidio”. Vid. ARROYO ZAPATERO, L., “Lección 11...”, Op. Cit., p. 190.

⁸⁴¹ Es necesario destacar aquí que el delito de autoadoctrinamiento constituye la preparación de la comisión de cualquier delito de terrorismo, tal y como se expresa en su precepto literal. De este modo, y debido a la complejidad de alguno de la comisión de ciertos delitos resulta preciso que el sujeto “se instruya”, ya sea en el *modus operandi* particular de la organización terrorista, ya sea en la metodología de la misma. De hecho, tanto Al-Qaeda como DAESH disponen de “manual de instrucciones” para llevar a cabo actividades a favor de la misma organización o incluso técnicas para “pasar desapercibido” entre los miembros de la comunidad occidental. Es esta nueva modalidad la que preocupa a la comunidad internacional y la que ha llevado al legislador nacional español (y de otros Estados) a incluir la conducta del autoadoctrinamiento terrorista en sus ordenamientos jurídicos.

De hecho, parece razonable exigir la finalidad de “capacitación” antes que la de perseguir la comisión de un delito de terrorismo, pues las organizaciones terroristas de corte yihadista poseen una particular forma de llevar a término sus actividades, a las que cargan de un significado muy simbólico⁸⁴². No solo se debe tener en cuenta el simbolismo que debe imprimir en sus actividades, sino que hay que contar al mismo tiempo con la gran variedad de delitos de terrorismo que existe y nuestro Ordenamiento Jurídico castiga, que van desde el enaltecimiento del terrorismo como hasta el mismo atentado con resultado de muerte. Todo esto pues, no es sencillo de llevar a cabo, sino que resulta necesario un proceso de aprendizaje.

Puesto esto de manifiesto, se podría concluir que el verdadero contenido con el que se debería colmar el concepto “capacitarse” se caracterizaría por su objetividad, que lleva aparejado, necesariamente, un objeto externo. En otras palabras, no se trataría aquí de asumir unos dogmas o un ideario, sino que lo que se persigue en realidad sería el aprendizaje de algo, y este algo debe ser un cambio en la realidad, cosa que no se ha respetado por parte de la doctrina.

Sin embargo, tanto la doctrina de la Audiencia Nacional, como la del Tribunal Supremo confunden los términos “capacitarse” y “adoctrinarse” o “radicalizarse”. De acuerdo con la reciente (y escasa) jurisprudencia de los tribunales de la AN y el TS, “capacitarse” equivaldría al proceso de “adoctrinamiento” o “radicalización”, es decir, más bien estaría dirigida esta definición a un aspecto más ideológico y no tanto fáctico.

La misma AN pone lo anterior de manifiesto en distintas sentencias (SAN 39/2016, de 30 de noviembre TOL5.901.279; PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA), de modo que se entiende por “finalidad de radicalizarse” como el “avanzado estado del autoadoctrinamiento alcanzado por el acusado, quien había asumido

⁸⁴² Muchos de estos ataques deben seguir unos ritos particulares para cargarlos de un significado determinado, a modo de firma identitaria. En cada una de las revistas de Rumiyah, al menos a partir del número 3, DAESH incluye una sección a la que llama “Just Terror”, en la que relata de modo pedagógico, el modo en el que los seguidores y simpatizantes de DAESH dispuestos a llevar a cabo actividades a favor de la organización terrorista tienen que realizar dichas actividades. Podría apuntarse como un ejemplo de esto los números 2 y 3 de la revista Rumiyah, en las que se explican distintas tácticas de ataque con cuchillos. Vid. “Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiyah*, noviembre de 2016, pp. 46 y ss. En el número 3, por poner un ejemplo más, DAESH recomienda el uso de furgonetas para perpetrar los ataques pues, no levantan tantas sospechas como lo podrían hacer la posesión de cuchillos o armas de fuego. Vid. Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiyah*, noviembre de 2016, p. 48 y ss.

total y plenamente los postulados y fines del Estado Islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista o, incluso, con el delito de pertenencia a la misma. Por ello, este tribunal aprecia que la calificación de los hechos supera el delito de enaltecimiento, y ha de ser calificado como delito de terrorismo (...).”

La interpretación pues, de la AN, tiende a un elemento más interno, perteneciente al pensamiento o al ideario adquirido por el sujeto. Esta asunción de dogmas sería prueba suficiente para que la AN considerase acreditado el elemento subjetivo del art. 575.2 CP, tanto el primer como el segundo fin. Así se puede apreciar, de hecho, en la SAN 38/2016, de 7 de diciembre (TOL5.914.491; PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ), por la que se entendería como actividad probatoria suficiente para acreditar el autoadoctrinamiento terrorista a partir de pruebas circunstanciales tales como la publicación de comentarios y “me gusta” en el perfil de Facebook de DAESH; frecuentar cierta mezquita salafista, conocer a un joven que se trasladó a Siria y allí murió como resultado de un combate, entre otras circunstancias similares. Del mismo modo se expresa en la SAN 3/2017, de 17 de febrero (TOL5.969.990; PONENTE: ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ) en la que determina que “se ha probado con plena certidumbre un agotado y cumplido estado del autoadoctrinamiento por el acusado, habiéndose acreditado también que no solo había adquirido el sustrato ideológico suficiente como para poder integrarse en una organización terrorista de corte islámico, sino que estaba decidido y resuelto a hacerlo, restándole un acto final de juramento de fidelidad; el acusado había asumido total y plenamente los postulados y fines y doctrinas, situándose en la barrera divisoria con el delito de integración”.

Como se puede observar la AN hace una interpretación del concepto “capacitarse” bastante amplio y muy libre, el cual no se limita a hacerse “capaz de algo”, sino que se retrotrae al momento en el que el sujeto comienza a hacerse una cosmovisión de una nueva concepción, lo que contradice un gran número de principios garantistas, además de contraponerse al derecho fundamental contenido en el art. 16 CE, o sea, la libertad de conciencia, pensamiento y religión. En primer lugar, y como ya se adelantó en el Capítulo IV, el pensamiento no delinque. El Derecho Penal se limita a castigar solo y exclusivamente conductas, acciones u omisiones que tienen un reflejo en el mundo

exterior⁸⁴³ y que lo modifican, manifestándose esta modificación en la puesta en peligro, lesión o destrucción del bien jurídico protegido⁸⁴⁴ (principio de exclusiva protección bienes jurídicos y principio de lesividad). Opino de la misma manera que SABELLA cuando advierte que “el comportamiento tipificado se encuentra en la frontera con el mero ejercicio de un derecho, en cuanto que no se caracteriza ni por la realización de actos preparatorios, ni por la pertenencia o la participación del sujeto agente a una asociación terrorista. La norma, por lo tanto, busca esencialmente prevenir o reprimir los hechos potencialmente realizables por aquellos que son conocidos como “lobos solitarios” o de por los foreign fighter, anticipando la tutela penal en un momento. Aun anterior a la realización de los actos preparatorios”⁸⁴⁵.

Asumir una nueva cosmovisión, por muy desaprobada socialmente que esta sea no puede en ningún caso considerarse como una conducta delictiva. En primer lugar, no sería una conducta en sentido estricto, sino que pertenecería más bien a la fase interna del sujeto muy vinculado con la esfera de intimidad más profunda, dando cobertura al derecho a la autodeterminación del sujeto en cuanto a la formación de su personalidad⁸⁴⁶.

En segundo lugar, la acción probatoria que la AN considera como suficiente para acreditar la “radicalización”⁸⁴⁷ no sería del todo concluyente pues, la lectura de ciertos temas, la frecuentación de determinados lugares y la reunión con personas particulares no son síntomas certeros de la asunción de un dogma en sí. La difícil prueba de este tipo de “conductas” es donde radica una de las principales razones por la que el pensamiento no debería criminalizarse, aunque no la única.

⁸⁴³ DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y ...*, Op. Cit., p. 62 / CARUSO FONTÁN, M. V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F. M., *Principios y garantías...*, Op. Cit., p. 185.

⁸⁴⁴ DEMETRIO CRESPO, E. “Del «Derecho Penal liberal»...”, Op. Cit., p. 89.

⁸⁴⁵ SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo...”, Op. Cit., pp. 170 y 171.

⁸⁴⁶ Como ya se dijo en el Capítulo IV, no cualquier conducta será merecedora de un reproche penal, ya que, y de acuerdo con MIR PUIG, solo tendría sentido castigar “aquellos *comportamientos del hombre* que sean *externos y finales*” y que además lleven aparejado “la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penal”. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 195.

⁸⁴⁷ El estudio pormenorizado del concepto de “radicalización” se realizará en el próximo apartado, donde se desarrollará distintas definiciones desde distintas disciplinas con el fin de destacar su carácter y diferenciarlo nítidamente del término “capacitarse” y determinar así la correcta interpretación de la primera finalidad del tipo subjetivo.

Ya en el Capítulo IV se expuso que el mismo Estado de Derecho se caracterizaba por una pluralidad de personalidades y de pensamientos, de esta manera y no de otra, se puede garantizar la libertad de las personas. De hecho, la Constitución Española se caracteriza por aportar un gran margen en el ejercicio de este derecho fundamental, aceptando incluso ideas que son contrarias al mismo Ordenamiento Jurídico⁸⁴⁸.

Muestra de esta argumentación se presenta en la doctrina del TS en sentencias anteriores, entre la que destaca la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL1.371.325, PONENTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA), la relativa al caso de los atentados del 11M en Madrid de 2004. De acuerdo con la cual, el TS afirmaba que **“la acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas.** La libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada. (...). Consecuentemente, para **afirmar** la existencia de una banda armada, grupo u **organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión,** un sistema político o una forma de entender la vida. **No basta,** pues, **demostrar que el acusado piensa de una determinada manera,** o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción.” (énfasis añadido).

Atendiendo pues al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, o lo que es lo mismo, el pensamiento no delinque. No basta pues, con la coincidencia del ideario del sujeto con el que la organización terrorista para determinar que el sujeto se encuentra inserto en dicha organización ya que contradiría el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE.

⁸⁴⁸ De hecho, se nos puede venir a la cabeza a colación con este tema que otras ideologías extremistas de similar peligrosidad que sin embargo no son perseguidas. Un ejemplo podrían ser la ideología fascista, anarquistas o, incluso, la vertiente extrema de cualquier otra religión, como podría ser el catolicismo o el judaísmo. Sin embargo, resulta una circunstancia que pasa más desapercibida, ya sea por elementos culturales o debido a una moral general que podría llegar a rechazar este tipo de pensamientos antes que idearios igual de radicales pero más familiarizados históricamente y que recientemente no están ligados a acontecimientos traumáticos como lo son los atentados terroristas del 11S o el 11M.

Este fenómeno ya se desarrolló a lo largo del Capítulo III, por el que se dejó patente que parecía que la política criminal adoptada por el legislador podría atender a la “protección” de una supuesta “moral general”, cargada de elementos culturales, prejuiciosos y que escapan al interés del Derecho Penal.

Sin embargo, con la entrada en vigor del art. 575.2 CP la doctrina del TS ha sufrido una alteración. Aunque el TS exige que se demuestre cumplido el segundo fin del elemento subjetivo, esto es, la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Código Penal, coincide con la AN al interpretar el término “capacitarse” con el de “adoctrinarse”. El delito de autoadoctrinamiento, como se ha podido ya intuir, no es un delito de fácil interpretación y aplicación, lo que ha provocado el cambio de doctrina del TS, incluso en sentencias dictadas en un breve periodo de tiempo, como se verá más adelante.

Muy brevemente se expondrá el panorama jurídico en este aspecto, pues este concreto punto de análisis será objeto de estudio en los próximos epígrafes. En un primer momento, el TS por la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO) parecía que considerase como realmente relevante que el sujeto adquiriera una potencial peligrosidad, de modo que, aunque tuviera esta voluntad de delinquir no se podría considerar verdaderamente peligrosa para la puesta en riesgo del bien jurídico si el individuo en cuestión no poseyera las habilidades o capacidades para poder desarrollar el delito en concreto. De hecho, este sería el concepto justo y correcto que se debería dar al término “capacitarse”, esto es, hacerse capaz de llevar a término un delito de terrorismo en el caso concreto que nos ocupa.

No obstante, el mismo tribunal cambia de interpretación tan solo cinco días después con la STS 661/2017, de 10 de octubre (TOL6.378.785 / PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO). Para el TS esta vez basta con que la “aprehensión de credos” se caracterice por su especial intensidad, insistiendo en la idea de que “sin que baste el mero acercamiento ideológico”, aunque la asunción de credos no sea más que esto mismo, es decir, una comunión con el ideario de la organización terrorista. La exigencia de que se demuestre su capacidad para delinquir esta vez se sustituye por el simple criterio de demostrar su nivel o grado de radicalización, sin que a este se le sume la posibilidad real de la que podría disponer el sujeto para poner en marcha un plan de comisión de delitos de terrorismo⁸⁴⁹. Ahora para el TS bastará con que “el material documental de que disponía el acusado y que en algunos casos compartiría con otros de sus hermanos, si

⁸⁴⁹ Sería muy interesante comprobar si, una persona impedida, postrada en su cama y padeciendo grandes dolores, también estaría cometiendo el delito de autoadoctrinamiento terrorista al cumplir con el tipo objetivo y, de acuerdo con el criterio del TS estuviera adquiriendo los postulados de la organización terrorista en cuestión.

estaba destinado a adoctrinarse para que cuando llegara el momento enrolarse como su hermano en la yihad que se desarrollaba en Siria que es donde se hallaba este en las fechas de las conversaciones que la sentencia recurrida trae a colación” (STS 661/2017, de 10 de octubre, TOL6.378.785; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO).

La diferencia es clara: es suficiente con asumir postulados de, en este caso en concreto, DAESH, aunque eso sí, debiendo demostrar que dichas doctrinas contribuirán a la comisión del delito. Cosa bastante extraña, pues no es necesario e imprescindible que el sujeto esté radicalizado para que cometa un atentado terrorista ya que lo realmente importante sería que se formase para ejecutar la conducta. En otras palabras, que un sujeto esté radicalizado no es determinante para que cometa un acto terrorista, pues el número de radicalizados es más elevado que el número de personas que se deciden a llevar a este tipo de delitos o, dicho de otro modo: “la radicalización puede desembocar en actividades extremistas, pero puede también no adoptar ese tipo de comportamientos inflexibles, situándose en un marco político teórico”⁸⁵⁰

Por lo tanto, y *a priori*, la interpretación adoptada por la AN y el TS del término “capacitarse” no resulta del todo correcta, más si tenemos en cuenta que incluso pudiera esta conducta formar parte del contenido del derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE.

Así las cosas, si la interpretación (errónea) que asumen tanto la AN como el TS coincide con la ideología, ¿no se estaría violando el Derecho Fundamental de Conciencia, Pensamiento y Religión del art. 16 CE?

⁸⁵⁰ PÉREZ CEPEDA denuncia esta circunstancia: el escaso ajuste del actual Derecho Penal a la realidad en la que se desenvuelve, ya que, como ella misma apunta, “no se ha podido constatar que la mayoría de radicales y extremistas lleven a cabo este proceso, sino que son una minoría, por lo que el Derecho Penal estaría basado en la criminalización de conductas en una presunción no constatada con la realidad (...) Las actividades radicales no siempre preceden o comportan actos violentos, de la misma manera que formar parte de grupos violentos y tomar parte en acciones violentas no siempre presume la adhesión a objetivos radicales”. Se estaría llevando, pues, una tipificación infundada, con dudosa legitimación y escasa utilidad. *Vid.* PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 188.

2. Breve aproximación al derecho de libertad de conciencia, de pensamiento y de religión (art. 16 CE)

2.1. Concepto y contenido del derecho del art. 16 CE

De acuerdo con el primer precepto del art. 16 CE, “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”. El derecho a la libertad de pensamiento se alza como uno de los pilares fundamentales del Estado de Derecho⁸⁵¹.

Sin ninguna duda el derecho a la libertad de conciencia es esencial para el crecimiento social y la calidad del nivel democrático, en el cual coexisten una gran pluralidad de ideales, ya sean políticos, religiosos o vitales; convirtiéndose este derecho como uno “de los cuatro valores-guía del régimen constitucional español (art. 1.1 CE), de manera que los poderes públicos deberán actuar en este sentido desde la más exquisita neutralidad abandonando toda pretensión tendente a imponer oficialmente una determinada ideología política”⁸⁵².

Y es que la libertad de pensamiento garantiza el propio crecimiento personal del sujeto⁸⁵³, que se desarrolla en una sociedad plural, de la que se puede nutrir gracias a la convivencia de varias concepciones adquiriendo un gran valor e impulso para el desarrollo humano. Asimismo, no se trata de un derecho cualquiera, sino que en la gran

⁸⁵¹ Todas y cada una de las Declaraciones de Derechos Humanos, así como las constituciones nacionales de Estados democráticos incluyen en sus ordenamientos jurídicos el derecho a la libertad de pensamiento como de los más prioritarios. De esta forma, la Declaración Universal de los Derechos Humanos lo regula en el art. 18, mientras que la Unión Europea también lo integra en su elenco de derechos, regulándolo en el art. 19 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁸⁵² PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012, pp. 253 y 254. / Y continúa el autor afirmando que “el pluralismo ideológico, político, es otro de los conceptos derivados de la consideración del derecho de la libertad de conciencia como libertad de pensamiento, un pluralismo, pues, en las ideas, las creencias, las opiniones cuyo reconocimiento y garantía por el Estado constitucional se alza como distintivo del régimen político democrático”.

⁸⁵³ Ya PALAZZO lo dejó claro al determinar que tan solo desde una idea de libertar, derivada de la taxatividad de las normas, era posible el desarrollo del sujeto. Cosa lógica, ya que bajo coacciones el propio sujeto se adapta a las circunstancias a las que se le presiona, no dejando manifestación alguna de su personalidad y, por lo tanto, la imposibilidad de que él mismo se pueda llegar a conocer a sí mismo. *Vid.* PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza* ..., Op. Cit., p. 166.

mayoría de las ocasiones se constituye como base indiscutible de otros Derechos Fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho a la dignidad, el derecho al honor, entre otros, pero todos ellos indispensables para la vida en sociedad en un Estado de Derecho.

No obstante, el derecho a la libertad de pensamiento se presenta como demasiado amplio, lo cual precisa de una concreción y dar una respuesta de su contenido, alcance y límites.

En primer lugar, el art. 16 CE contiene un total de tres Derechos Fundamentales: la libertad de conciencia⁸⁵⁴, la libertad de pensamiento⁸⁵⁵ y la libertad de religión⁸⁵⁶, los cuales comparten similitudes pero albergan peculiares diferencias que los hacen genuinos. No obstante, nos centraremos en la libertad de conciencia por ser aquella que más relación guarda con el delito de autoadoctrinamiento terrorista.

El derecho a la libertad de conciencia ha sido estudiado por múltiples autores, no existiendo un concepto estable pero sí bastantes coincidencias que pueden ser destacadas en las estas interpretaciones. De acuerdo con DE ASÍS, la libertad de conciencia se podría definir como la “actuación libre o autónoma de las personas en la vida individual y social de acuerdo con las prescripciones de la conciencia moral de cada sujeto”⁸⁵⁷.

⁸⁵⁴ De acuerdo con la doctrina, en realidad el derecho a la libertad de pensamiento o de conciencia se refiere a la libertad de religión y a la libertad ideológica. En este caso, la libertad de conciencia integrará a estos dos derechos, los cuales, aunque similares, poseen una propia autonomía al poseer diversas particularidades. *Vid.* DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, en *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007, p. 85.

⁸⁵⁵ Que consistiría en “aquella referida a las convicciones de los individuos en relación a la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos, libertad que incluye la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de esas convicciones”. *Vid.* PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y ...”, *Op. Cit.*, p. 255.

⁸⁵⁶ Viene relacionada con las creencias místicas de la persona, el cual se considera como “aquel derecho que ampara a las personas y grupos cuyas convicciones y doctrinas están basadas en la fe en un ser trascendente y en la comunicación con él a través de un culto”. *Vid.* MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en FERREIRO GALGUERA, J. (Coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2008, p. 64.

⁸⁵⁷ DE ASÍS ROIG, R. F., “Libertad ideológica y objeción de conciencia”, en GARRIEBO GÓMEZ, M.I. / BARRANCO AVILÉS, M. C. (Edits.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 38.

Para SERRA CRISTOBAL⁸⁵⁸, en comunión con la doctrina del Tribunal Constitucional (en adelante TC), la libertad de conciencia en realidad tiene un sentido más íntimo, perteneciente a la parte más privada de la persona, destacándola como aquella libertad que “no se agota en una dimensión interna del derecho a adoptar una determinada posición intelectual ante la vida y cuanto le concierne y a representar o enjuiciar la realidad según personales convicciones. Comprende, además, una dimensión externa de *agere licere*, con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”⁸⁵⁹.

Por otra parte, para VALERO HEREDIA, el derecho a la libertad de conciencia simboliza “el derecho de toda persona a conformar y a mantener sus propias convicciones, a manifestarlas externamente y a comportarse de acuerdo con las prescripciones de su código axiológico, con independencia de que este posea un carácter subsumible en el ámbito de lo ideológico o de lo religioso”⁸⁶⁰.

Con la simple lectura de estas definiciones se pueden destacar que se puede llegar a diferenciar distintos elementos, uno que se equipara con el fuero interno de la persona, esto es, sus convicciones e ideales; mientras que por otra parte se podría identificar la vertiente externa de este elemento, es decir, la expresión de estas ideas, el actuar conforme a las convicciones y a la moral que cada sujeto ha asumido como propias. En definitiva, y como expresa DÍAZ REVORIO⁸⁶¹, existen dos vertientes: una interna, y otra externa.

La vertiente interna “comprende la libertad de creer o no creer y para poseer unas u otras convicciones o no poseer ninguna, la cual incluye (...) el derecho a la libre formación de la conciencia como base o sustrato ontológico de aquella”⁸⁶². Mientras que la vertiente externa “engloba la libertad para manifestar y proclamar las ideas o creencias profesadas y el derecho a comportarse extremadamente de acuerdo con sus prescripciones y a no comportarse en modo que las contradiga”⁸⁶³.

⁸⁵⁸ SERRA CRISTÓBAL, R., *La libertad ideológica del juez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 63.

⁸⁵⁹ STC 120/1990, de 27 de junio (TOL 119.205, PONENTE: FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL)

⁸⁶⁰ VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013, p. 25.

⁸⁶¹ DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento...”, Op. Cit., pp. 85 y 86.

⁸⁶² VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del Estado ...*, Op. Cit., p. 65.

⁸⁶³ *Ibidem*.

Aunque estas dos vertientes formen parte del mismo derecho, es la vertiente interna en la que nos concentraremos en este estudio, ya que es la que se identifica sustancialmente con el análisis que nos ocupa.

Entonces, la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia se equipara con la esfera más privada de la persona, tan importante, que constituye la persona misma, sus convicciones, las directrices por las que se guía en su vida. Como ya he tenido ocasión de expresar a lo largo de esta tesis, el hecho de poder asumir, mantener o cambiar una propia cosmovisión es la base misma del propio Estado de Derecho, se trata del propio y más puro desarrollo de la persona, por lo que este deberá ser protegido férreamente.

De este modo, y aunque en el mismo art. 16 CE se recoja como límite único el “orden público”, la libertad de conciencia “protege una ilimitada e incoercible libertad de elección en el ámbito de las creencias personales, lo que conlleva la imposibilidad de someter esta faceta del derecho a restricciones de ninguna índole”⁸⁶⁴. De este modo, la vertiente interna, que podríamos decir que coincide con la fase interna del *iter criminis*, no es objeto de control por parte del Estado, por lo que el *ius puniendi* aquí carece de cobertura legítima. El pensamiento, la moral y las convicciones del sujeto se encuentran perfectamente protegidas de cualquier injerencia, ya sea por parte del Estado como por parte de terceros, debiendo el Estado cumplir una función de garante del ejercicio del derecho a la libertad de conciencia⁸⁶⁵.

Así, resulta inevitable no observar similitudes entre los conceptos de “libertad de conciencia” y “adoctrinamiento”, o, al menos, alguna relación. De acuerdo con la RAE, se entenderá por el término adoctrinar: “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”⁸⁶⁶. Ya la propia definición integra de forma explícita las palabras “idea” y “creencia”, por lo que no es complicado deducir que adoctrinar se encuentra estrechamente relacionado con la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia al tratarse de convicciones que el sujeto decide asumir.

⁸⁶⁴ *Ibidem*, 69.

⁸⁶⁵ GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, año 22, n. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 125-126.

⁸⁶⁶ Definición de “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 04/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

Este punto es el origen del conflicto, ya que tanto la AN y el TS entienden el término “capacitarse” como “adoctrinarse” y, por ende, la primera de las finalidades del tipo subjetivo se fundamentará en la propia asunción de ideas. Dicha doctrina no deja de ser polémica, por una parte, se ha asumido un significado distinto para un concepto al que no le pertenece, siendo extremadamente peligroso para la naturaleza garantista del Derecho Penal actual, pues se difumina la línea roja de la punibilidad de los pensamientos. Y no solo es la RAE la que realiza esta definición del concepto “adoctrinarse”, sino que numerosas disciplinas han llevado a cabo un análisis del mismo y han llegado a una conclusión similar. Sectores como la psicología, la política e inteligencia, entre otros, coinciden en la naturaleza privada e interna del término adoctrinarse.

De este modo, DE LA CORTE describe la radicalización violenta, la que coincide con el adoctrinamiento terrorista, como aquel “proceso de socialización (y, debería añadirse, cambio biográfico y psicológico) que puede conducir, en forma gradual, a la acción violenta, principalmente terrorista”⁸⁶⁷, siendo esta última una posibilidad, pero no una probabilidad.

Por su parte, JORDÁN ENAMORADO interpreta que el proceso de radicalización como “el proceso mediante el que el individuo incorpora un sistema de creencias que incluye la voluntad de emplear o apoyar activamente la violencia con el fin de alcanzar los objetivos del salafismo yihadista. Normalmente este tipo de radicalización violenta no se traduce en la preparación y ejecución de actos terroristas en España o en otros países europeos, sino en el deseo de convertirse en muyahidín y marchar a combatir a escenarios como Irak o Afganistán”⁸⁶⁸.

CUERDA ARNAU defiende que la radicalización, de acuerdo con los medios de comunicación, la normativa y directrices comunitarias, además de las agendas nacionales de seguridad, se correspondería como aquel “proceso que lleva a una persona a adoptar una actitud o a una postura de mayor intransigencia o fanatismo, que, en el caso que nos

⁸⁶⁷ DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “¿Qué pueden hacer los Estados europeos para frenar la radicalización yihadista?”, en *Cuadernos de Estrategia. Estrategias para derrotar al DÁESH y la reestabilización regional*, n. 180, 2016, p. 129.

⁸⁶⁸ JORDÁN ENAMORADO, J., “Procesos de radicalización ...”, Op. Cit., p. 198.

ocupa, suele ir conectado a las ideas de yihadismo, fundamentalismo o integrismo islámico”⁸⁶⁹.

Por su parte, PÉREZ CEPEDA señala una diferenciación entre los conceptos “radicalismo”, “radicalización” y “extremismo violento”, apuntando elementos que hacen genuino a cada término, por lo que no tendría sentido en ningún caso equipararlos. Así, por “radicalismo” se entenderá “promover o apoyar cambios de gran alcance en la sociedad que puedan constituir un peligro para la continuidad del orden legal democrático (objetivo), que puedan incluir el empleo de medios no democráticos (instrumentos), y que puedan dañar al funcionamiento del orden democrático legal (efectos)”. La “radicalización” la interpretará como aquella “voluntad (creciente) de una persona para promover o apoyar tales cambios por sí mismo (de una manera no democrática o de otro modo), o para animar a hacerlo”. Y, por último, la definición de “extremismo violento” será “concebido como un medio, una herramienta basada en el uso de la violencia, al servicio de un fin, sin objetivos políticos inherentes”⁸⁷⁰. La misma autora realiza una clasificación de estos términos, asignándoles a cada uno de ellos una fase concreta en el *iter criminis*. En una fase muy incipiente, a la que la autora conoce como “ámbito ideológico” o *thinking*, estaría comprendido por la “radicalización”; mientras que en el lado opuesto, a la que llama “ámbito de la violencia”, PÉREZ CEPEDA afirma que se encuentra constituida por el “terrorismo” propiamente dicho, y el “extremismo violento”, que constituiría una categoría intermedia⁸⁷¹. De este modo, la autora igualmente entiende que la radicalización, e incluso el adoctrinamiento, forman parte de una parcela que

⁸⁶⁹ De hecho, la misma autora considera que se trata de un concepto totalmente inútil para el Derecho Penal, ya que se contrapone con las “exigencias del principio de legalidad”. Así, denuncia que “se aplica el art. 575.2 CP presumiendo -o directamente prescindiendo de ese elemento típico- que concurre la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en el Capítulo, pese a que ello debiera ser objeto de prueba. Además, por tratarse de un elemento subjetivo del injusto, dicha prueba no es enteramente deducible del simple contenido de los documentos. Se olvida, pues, que lo castigado no es el autoadoctrinamiento por mucho que este culmine con la justificación de la violencia (que, según el caso, podrá derivarse al enaltecimiento) sino el que persigue aquella concreta finalidad, que no es, pese a lo que dice la SAN 38/2016, de 7 de diciembre (TOL5.914.491; PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ), la de “formarse y adoctrinarse”, sino la de “capitarse para cometer alguno de los delitos (...). En definitiva, la lesividad deriva del elemento subjetivo del injusto y obviar tal dato podría suponer castigar, sin más, el acceso a ciertos webs o la mera tenencia de los referidos documentos”. *Vid.* CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal...”, *Op. Cit.*, p. 1406.

⁸⁷⁰ PÉREZ CEPEDA, A., *El pacto antiyihadista...*, *Op. Cit.*, pp. 181 y ss.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 183.

pertenece a la esfera interna del sujeto, al “ámbito ideológico” y, por lo tanto, fuera de todo ejercicio del *ius puniendi*, al menos de forma legítima.

Con todas estas definiciones sobre la mesa, y viniendo incluso de distintas disciplinas, se puede apreciar que coinciden en un punto, esto es, el elemento ideológico. Este elemento ideológico a su vez tiene en común el proceso de radicalización y el adoctrinamiento, el cual se definiría como la “asunción de un conjunto de normas y valores fundamentados todos en una interpretación rigorista, tergiversada y política de un credo religioso”⁸⁷².

Si ahora pues, volvemos a la lectura del precepto del art. 575.2 CP se comprobará que, efectivamente, el “acceso” o la mera “posesión” forman aún parte de la construcción, y por ende, asunción, de la doctrina en cuestión, que en este caso no es otro que el yihadismo salafista más radical y violento. No obstante, se destaca que esta figura no se extralimita de la fase interna del sujeto, aunque el individuo estuviese consultando un contenido concreto con un único fin: radicalizarse. Y esta radicalización, como ya se ha explicado en las líneas anteriores, constituye una vertiente más parecida al de la moral o el conjunto de convicciones que el individuo posee, modifica o asume.

No se está siquiera hablando de la exteriorización de este ideario, el cual podría llegar a considerarse un delito de apología del terrorismo⁸⁷³ del art. 578 CP o, incluso un

⁸⁷² CANO PAÑOS, M. A., “El camino hacia la (ciber)Yihad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018, pp. 3 y 4.

Como bien mismo indica el propio autor, de los sujetos radicalizados tan solo un subtipo de estos “están dispuestos a usar la violencia”; por lo que radical no es sinónimo de terrorista y, por ende, tener unas convicciones radicales no debe ser constitutivo de ningún delito, al menos en un Estado de Derecho.

⁸⁷³ Es necesario marcar la diferencia que caracteriza a este mismo pensamiento cuando permanece en la mente del sujeto, a cuando el propio individuo lo exterioriza. De hecho, podrían traerse a colación las palabras del TS en la SSTS 503/2008, de 17 de julio (TOL.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) y STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL.6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO). Así, la SSTS 503/2008, de 17 de julio (TOL.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA) expresa que: “en el momento actual y en la mayoría de los países democráticos, es posible la defensa de tesis que propugnen la sustitución del sistema democrático por otro sistema político que no lo sea. La condición esencial es que esa defensa se lleve a cabo a través de vías admisibles en democracia. Esto excluye las vías y medios violentos. Salvo los casos de apología del terrorismo o provocación al delito, incluso la mera expresión de ideas violentas, sin otras finalidades, no es todavía un delito” (Énfasis añadido).

acto preparatorio punible de cualquier otro delito de terrorismo⁸⁷⁴, sino que el sujeto, en lo más privado de su intimidad consulta información de contenido terrorista⁸⁷⁵.

Punir la radicalización sería el equivalente a criminalizar el pensamiento y, en consecuencia, quebrar con el principio de responsabilidad por el hecho, al igual que con todo el sistema penal de garantías. Y es que, como bien expresa CUERDA ARNAU, “se olvida, pues, que lo castigado no es el autoadoctrinamiento por mucho que este culmine con la justificación de la violencia (que, según el caso, podrá derivarse al enaltecimiento) sino el que persigue aquella concreta finalidad, que no es, pese a lo que dice la SAN 38/2016, la de “formarse y adoctrinarse”, sino la de “capacitarse para cometer alguno de los delitos (...)”⁸⁷⁶

Resulta cuestionable que, tanto la AN como el TS, equiparen los conceptos de capacitarse y adoctrinarse, considerando este último como sinónimo de “radicalización”. Si asumimos dicha interpretación asumimos al mismo tiempo la quiebra del Derecho Penal del Hecho, aceptando que el Derecho Penal Actual se configura como un Derecho Penal de Autor, al menos en lo que respecta con el delito de autoadoctrinamiento terrorista del 575.2 CP.

Pero, entonces, ¿cuál sería la correcta interpretación del término capacitarse? La respuesta es muy simple: la interpretación restrictiva de término. La primera de las finalidades del elemento subjetivo del delito del autoadoctrinamiento terrorista deberá interpretarse de un modo estricto, si es que se desea mantener a salvo el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE y el principio de que el pensamiento no delinque.

⁸⁷⁴ Un ejemplo se dio en la SAN 5/2017, de 28 de febrero de 2017 (TOL5.976.441; PONENTE: JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO). En la misma sentencia, la AN condena al sujeto de un delito de “autoadoctrinamiento terrorista” (art. 575.2 CP) para cometer un delito de traslado a territorio extranjero (art. 575.3 CP). La sala entiende que la autorradicalización que estaba siendo llevada a cabo por el sujeto respondía a la posterior comisión de un delito de traslado a territorio controlado por organización terrorista, en este caso concretamente Siria. De esta manera, se podría entender, al menos en este caso, el delito de autoadoctrinamiento como un pseudo- acto preparatorio punible.

⁸⁷⁵ Me remito a lo ya explicado ampliamente en el Capítulo IV, más concretamente en el apartado 3.

⁸⁷⁶ CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas...”, Op. Cit., p. 1406.

Si se atiende a un análisis meramente semántico del término “capacitarse”, de acuerdo con la RAE, se entenderá “hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”⁸⁷⁷. A grandes rasgos se podría decir que se trata de preparar a alguien para realizar algo. De hecho, y continuando con este análisis semántico, los conceptos de “apto” y “habilitarlo” presentes en la anterior definición así lo reflejan. Por un lado, “apto” significa idóneo, hábil, a propósito para hacer algo”⁸⁷⁸, mientras, que de similar forma, “habilitarlo” se define como “hacer a alguien o algo hábil, apto o capaz para una cosa determinada”⁸⁷⁹. En definitiva, se desprende de todas estas definiciones un carácter objetivo, casi de una índole manual, es decir, que esta información que se consume ya sea por medio del acceso o de la posesión en realidad se instrumentaliza como aprendizaje para hacerse apto para desarrollar algo, tratándose de un proceso de aprendizaje y no de un proceso de asunción de dogmas.

Se puede trazar un paralelismo entre los términos “capacitarse” y “adiestramiento”. Este último hace referencia a “impartir instrucciones “sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos”, siempre con el fin de cometer un delito de los relacionados como terroristas, y a sabiendas de que las enseñanzas impartidas para dichos fines”⁸⁸⁰. Aunque, y en concordancia con lo ya expresado en múltiples ocasiones a lo largo de esta tesis, DAESH tiene una peculiar forma de perpetrar sus ataques, por lo que el término “capacitarse” también contemplará el *modus operandi* que esta organización terrorista desarrolla.

Atendiendo entonces a este elemento “objetivo”, de aprendizaje, especialmente para el desarrollo de actividades manuales, tales como elaborar un explosivo, emplear un arma o realizar un degollamiento, es necesario preguntarse por la naturaleza de la “capacitación”. Bajo mi punto de vista, la capacitación se puede desdoblar en dos vertientes. La primera de ellas, a la que llamaremos “vertiente intelectual o formal”,

⁸⁷⁷ Definición de “capacitarse” por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>

⁸⁷⁸ Definición de “apto”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=3KdgGl7>

⁸⁷⁹ Definición de “hábil”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=JvLO70G>

⁸⁸⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L., *Terrorismo en el Siglo XXI...*, Op. Cit., p. 120.

equivaldría al conocimiento necesario para cometer el delito de naturaleza terrorista en cuestión. Se refiere esencialmente a las “instituciones”, por llamarlo de algún modo. En el caso de un atentado terrorista perpetrado mediante la explosión de un artefacto, este elemento se manifestaría en la formación de los pasos a seguir para fabricar la bomba en sí.

A la segunda de estas vertientes se le dará el nombre de “vertiente material”, que se corresponde con la manifestación y verosimilitud de este proceso de formación. Esta vertiente en concreto consistiría en disponer de los medios y habilidades físicas que se precisan para poner esos conocimientos en práctica. Continuando con el ejemplo anterior del atentado mediante explosivo, la vertiente material se correspondería con la obtención de los materiales para fabricar el explosivo, así como poseer las habilidades físicas para aplicar los conocimientos aprendidos.

El sujeto, aunque concorra dolo en el proceso de aprendizaje o formación, a la que podríamos llamar vertiente formal, no pudiera trasladar estos conocimientos al plano exterior, no se daría por cumplida la finalidad de “capacitación” no llegara a cumplir con la finalidad de “capacitación”, ya sea por imposibilidad física o por dificultad de obtener los materiales.

Por ejemplo, un sujeto accede o posee contenido de naturaleza terrorista y, al mismo tiempo, se encuentra impedido en su cama por su condición de tetraplégico⁸⁸¹. Por mucha voluntad que tenga de aplicar los conocimientos adquiridos no se podrá entender que se cumple con la capacitación al no darse la vertiente material, por lo que la conducta sería no punible.

⁸⁸¹ Podría haber una excepción si se considerasen una coautoría o una cooperación necesaria. En el mismo caso en el que el sujeto se encuentra postrado en una cama sin ningún tipo de movilidad a excepción de su cabeza, podría este convencer a un sujeto para que, gracias a los conocimientos aprendidos como resultado de este acceso o posesión de contenido terrorista, el tercero siguiera sus instrucciones y consiguiera fabricar un artefacto explosivo. De este modo, y con ayuda del tercero (o no, si tiene un sistema de movilidad moderno que le permitiese trasladarse hasta un lugar que él considerase propicio para desarrollar el ataque) se podría desplazar hasta un lugar y hacer accionar el artefacto explosivo colocado en su cuerpo y que pudiera hacer explotar a través de la pulsación de un botón colocado en su boca. De esta manera, aunque el sujeto por sí mismo no tuviera la capacidad misma de, por sí solo, ejecutar un ataque terrorista, sí podría llevarlo a cabo con la ayuda de un tercero, hablándose entonces de cooperación necesaria o incluso de coautoría.

Otro ejemplo sería el caso en el que el individuo, a pesar de gozar de todas sus cualidades físicas, este deseara perpetrar un ataque nuclear, para el cual necesitaría un componente radiactivo difícil de conseguir. Se podría calificar al sujeto de, cuanto menos, utópico, en el sentido en el que las posibilidades de que pudiera completar el ataque son ínfimas.

Así, la capacitación, al menos en su vertiente material deberá ser verosímil, accesible y posible.

Una cualidad más de la capacitación es su carácter posterior. La capacitación debe ser adquirida por el acceso o posesión a este tipo de contenido en concreto. El precepto determina claramente que la capacitación es el resultado de esta consulta ya sea vía acceso vía posesión. Por lo tanto, el sujeto que ya goce de estos conocimientos previamente al acceso o la posesión y consulte dichos recursos no estará incurriendo en un delito de autoadoctrinamiento. Sería el ejemplo del experto en química que ya supiera preparar ántrax pero que consulta dicha información porque le gusta. En este caso, y siempre que dicho sujeto tuviera en mente llevar a cabo un ataque con ántrax, esta capacitación no se daría.

En definitiva, la capacitación debe reunir los siguientes caracteres: verosimilitud, accesibilidad, posibilidad y posterioridad.

Un ejemplo paradigmático del delito de autocapacitación sería el que se dio en el caso de la SAN 6/2012, de 12 de julio (TOL3.891.42; PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA). En dicho caso, el sujeto accedía de forma habitual a un chat conocido por ser frecuentado por simpatizantes del terrorismo yihadista y miembros de AL-QAEDA. En una de sus publicaciones en este foro, y tal y como expresa la misma sentencia “Existen varios post destacables, en concreto uno el 28 de mayo de 2011, en el que interpretan que se trata de una declaración de juramento de fidelidad al jefe de la organización Al Qaeda en el Magreb Islámico (AQMI), que se produce en el contexto de la muerte reciente de Anton, que se había producido a principio de mayo de 2011 y es un momento de vacío de poder, de reorganización y de venganza, donde los distintos líderes yihadistas piden adhesiones para la sucesión de Anton. (...). También en el registro de actividad del foro «Al Shumukh Al Islam» existen otros post firmados por «Farsante»,

relativos a conversaciones con otros usuarios que interpretan como una amenaza concreta de envenenamiento de aguas de un camping o complejo hotelero. Existe una solicitud a especialistas de fórmulas de venenos, y aparece la fotografía de la trampilla de un depósito de agua. Le facilitan links con información y solicita mas fórmulas, que sean mas sencillas y recibe la información de la botulina”.

De acuerdo con la sentencia, en el momento en el que se produce su detención, se encuentra en su vivienda “(...) en su ordenador y disco duro encuentran la enciclopedia de los venenos y fotografías de depósitos de agua y documentación técnica sobre depuradoras”.

Dejando de lado que pidió ayuda para que le proporcionaran las instrucciones para la elaboración de la botulina, el sujeto accedió de forma habitual a portales webs de naturaleza terrorista, y se encontraba en el desarrollo de capacitación para envenenar los depósitos de la depuradora, como bien apuntan las pruebas que se encontraron en su casa. De esta forma, se puede afirmar que, el sujeto sí había cometido un delito de autocapacitación terrorista⁸⁸².

Sin embargo, no es este el contenido que los tribunales e instituciones estatales están dando a la primera de las finalidades del art. 575.2 CP. Como ya adelanté, mientras que el precepto deja bastante claro que la primera finalidad de este delito será la capacitación, el delito toma otra connotación, llegándose a conocer como “delito de autoadocctrinamiento” o “delito de radicalización pasiva autónoma”. De este modo, y volviendo al hilo central de este estudio, la interpretación “libre” no se corresponde con la que debería ser en realidad, poniendo en riesgo principios y garantías penales y político-criminales. Ahora bien, se podrá apreciar mejor si se ponen en contraposición los conceptos “capacitarse” y “adocctrinar”. Como ya se ha apuntado más arriba, capacitarse significa “hacer a alguien **apto, habilitarlo para algo**”, mientras que adocctrinar se

⁸⁸² Si, por ejemplo, fuera el caso que se mencionó en el Capítulo I, en el que el servicio secreto de Reino Unido había cambiado las instrucciones para elaborar una bomba que DAESH había facilitado en su revista por una receta de magdalenas, se podría considerar como una tentativa. Se trataría de un delito del art. 575.2 CP en grado de tentativa acabada al constituirse este delito como un delito de mutilado de dos actos. *Vid.* GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 6, 2000, p. 116.

interpreta como “**inculcar** a alguien determinadas **ideas** o **creencias**”⁸⁸³ (énfasis añadido). En la definición del primer término en ningún momento se hace referencia a las ideas o creencias, sino que se deduce que ya ha pasado esta fase y va encaminado a la preparación de un acto, de algo que requiere un cambio o una modificación de la realidad.

Y es que, teniendo esto en cuenta, tiene más sentido que la interpretación del término “capacitarse” no se confunda con el término “adoctrinarse”, ya que el fin de adoctrinarse es el de la radicalización sin que esta tenga que irremediamente acabar en la acción terrorista⁸⁸⁴. Sin embargo, por su parte la capacitación tiene como fin, por decirlo de algún modo, hacerse capaz de hacer algo, aprender a hacer algo, y ese algo, en el caso que nos ocupa sería la comisión de un delito de terrorismo⁸⁸⁵. Se podría cumplir de este modo la segunda finalidad del tipo subjetivo de una forma más lógica y natural: para cometer delitos de naturaleza terrorista es necesario aprender a realizarlos.

Basándonos en esta interpretación, las conductas castigadas en el art. 575.2 CP avanzan posiciones en el *iter criminis*, dejando de localizarse en la fase interna del mismo y pasando a ser consideradas como un acto preparatorio punible. Se daría comienzo, al

⁸⁸³ Definición del término “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 05/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

⁸⁸⁴ De hecho, así lo expresa PÉREZ CEPEDA, ya que “no se ha podido constatar que la mayoría de radicales y extremistas lleven a cabo este proceso (cometer delitos de terrorismo), sino que son una minoría, por lo que el Derecho Penal estaría basando la criminalización de conductas en una presunción no contrastada con la realidad”. Vid. PÉREZ CEPEDA, A.I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 188.

⁸⁸⁵ Ahora sí podría tener sentido (al menos algo más) la criminalización de las conductas de “acceder” y “poseer”, ya que estas constituyen el único modo de iniciar (y completar) un aprendizaje de hacerse apto para poder llevar a cabo un delito de terrorismo, pero no radicalizarse ni a asumir los “postulados de la organización terrorista DAESH”, tal y como apuntaba la SAN 39/2016, de 30 de noviembre (TOL 5.901.279; PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA): “En el caso, esta finalidad, de dificultosa prueba, está acreditada por el avanzado estado del autoadoctrinamiento alcanzado por Florian, quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado islámico, colaborando de forma activa en la difusión de sus actividades, fines y doctrinas, en un estadio límite con el delito de colaboración con organización terrorista, o incluso, con el delito de pertenencia a la misma”. Además, teniendo en cuenta que las organizaciones yihadistas como DAESH o Al-Qaeda, publican en abierto a través de Internet su propio “manual de instrucciones para ser yihadista”, explicando incluso el modo en el que llegar a atacar.

Es famoso por ejemplo el volumen de la revista “inspire”, más concretamente en el volumen 1, páginas 33-54, en la que se indica a los lectores en el artículo llamado “make a bomb in the kitchen of your mum” el proceso completo para elaborar una bomba con objetos cotidianos que se podrían encontrar en cualquier cocina. Vid. *Revista Inspire*, vol. 1, pp. 33-54, en (última visita: 14/02/2020): <https://www.documentcloud.org/documents/2301434-aqap-inspire-magazine-volume-1.html>

menos *a priori* ya que este estudio se realizará en el próximo apartado, a la fase externa⁸⁸⁶, a la misma ejecución del delito en el momento en el que comienza a aprender cómo podría llevar a cabo un delito de terrorismo. Sin embargo, y para concluir con el concepto de “adoctrinamiento”, si entendemos la primera de las finalidades del delito del art. 575.2 CP con el contenido del término “adoctrinamiento” o “radicalización” este se situaría aun en la fase interna del *iter criminis*, al hacer referencias a ideas o a creencias. No tendría sentido, ya que, trayendo de nuevo aquí lo ya dicho previamente, la vertiente interna del art. 16 CE no permite la intromisión punitiva del pensamiento, por lo que la radicalización o adoctrinamiento no sería típica.

Excluido por lo tanto el concepto de “adoctrinarse” como interpretación de la primera de las finalidades del tipo subjetivo del art. 575.2 CP, ahora solo queda entrar en el análisis de su aplicación. Para ello es necesario recordar el sentido literal del precepto del art. 575.2 CP:

“2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español”.

⁸⁸⁶ El *iter criminis* estará compuesto por dos fases: una interna y otra externa, de entre las cuales, solo tendrá relevancia penal la fase externa. Esta fase externa consiste en el inicio de la ejecución del tipo delictivo, aquellos actos que exceden el pensamiento y se materializa en acciones encaminadas a la materialización de la comisión del delito, esto es, la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Vid. QUINTERO OLIVARES, G., *Parte General del Derecho Penal*, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 583 y ss. De este modo, y teniendo en cuenta que, con la capacitación efectiva, la cual podría constar por las fases de aprendizaje y comienzo de las pautas que conlleva la realización del delito de carácter terrorista en concreto que desea ejecutar, se estaría creando una situación idónea para la lesión o, al menos, la puesta en peligro del bien jurídico, se puede decir que la fase de ejecución ha dado comienzo.

De acuerdo pues con el tenor literal del 575.2 CP, el sujeto deberá aprender cómo llevar a cabo un delito de terrorismo, para lo cual se servirá del acceso a webs de contenido terrorista o bien la posesión de documentos de naturaleza similar. Si este acceso o posesión está destinado a este fin, esto es, el de la comisión de delitos de terrorismo, se entenderá por consumado el tipo delictivo al darse tanto el tipo objetivo como el subjetivo. Siendo pues, este aprendizaje *conditio sine qua non* para la comisión de delitos de terrorismo, se deberá pues acreditar para qué delito se está capacitando el sujeto. En otras palabras, no basta con probar que el individuo en cuestión visita webs de contenido terrorista o que posee documentos del mismo rango, sino que se deberá probar, al menos por medio de indicios, para qué delito concreto se está capacitando. El legislador asume una presunción si el sujeto lleva a cabo esta capacitación; y esta presunción consiste en que, si el sujeto se capacita, automáticamente cometerá un delito de naturaleza terrorista⁸⁸⁷. Esto es bastante cuestionable pues, en el Derecho Penal no caben presunciones o, mejor dicho, solamente cabe una: la presunción de inocencia.

3. La presunción de capacitación y el derecho de presunción de inocencia

3.1. Introducción

Esto a su vez, entraría en relación con el respeto al derecho de presunción de inocencia. El derecho de presunción de inocencia se constituye como uno de los derechos más relevantes del Estado de Derecho, y a su vez como una “regla de juicio”, por la que “se necesitará una prueba de cargo para ser desvirtuada”⁸⁸⁸. Se deberá remontar a la famosa obra de BECCARIA “de los delitos y las penas” para encontrar por primera vez alguna referencia al derecho de presunción de inocencia⁸⁸⁹, marcando un referente en la calidad de las garantías procesales de un Estado de Derecho, el cual resulta irrenunciable.

⁸⁸⁷ GARCÍA ALBERO, R., “Libro II...”, Op. Cit., p. 1909.

⁸⁸⁸ COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal Penal español*, Ed. Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008, p. 97.

⁸⁸⁹ BECCARIA, el cual criticaba que el sistema inquisitivo tratara ya de por sí al reo con una “presunción de culpabilidad, fue uno de los primeros autores en defender que el sujeto no podía ser considerado culpable antes de que el juez emitiera una sentencia: “un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”. *Vid.* BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, 2ª Edición, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974, p. 119.

Este derecho ha sido estudiado exhaustivamente por la doctrina judicial, expresando el mismo TS que se entenderá aquel “derecho de todo acusado a ser absuelto si no se ha practicado una mínima prueba de cargo acreditativa de los hechos motivadores de la acusación y de la intervención en los mismos del inculpado” (FJ3)⁸⁹⁰. Sin embargo, y teniendo en cuenta la naturaleza de dicho delito, la prueba será inequívocamente de carácter indiciario por necesidad⁸⁹¹.

Ahora bien, ante un tipo delictivo como este, abstracto, amplio y ambiguo resulta peligroso el uso de la prueba indiciaria, especialmente para el respeto de la presunción de inocencia. Así pues, ¿cómo deberían establecerse los límites en este caso? Atenderemos, como ya se ha apuntado, a una lectura e interpretación literal del precepto, contextualizando esta teoría a la realidad.

Siguiendo pues, dicha literalidad, el proceso de capacitación deberá ir indiscutiblemente orientado a la comisión de un delito de terrorismo, por lo que paralelamente esta prueba de la capacitación necesariamente deberá ir orientada a este fin también.

En otras palabras, y sirviendo de base un ejemplo: la capacitación, la cual se llevaría a cabo por medio del acceso y la posesión de contenido de naturaleza terrorista⁸⁹², debería estar directamente relacionada con el delito en cuestión, esto es, si el sujeto pretende cometer un atentado terrorista por medio de la colocación de una bomba, el contenido de naturaleza terrorista al que nos referíamos antes, debe versar al menos sobre el *modus operandi* que la propia organización terrorista recomienda seguir.

La capacitación se establecerá entonces, como punto de partida, como aquel indicio que es necesario seguir hasta llegar a la conclusión de que en realidad el sujeto planearía un ataque en un futuro. No obstante, no hay que olvidar que se habla de indicios y que existen recelos al ponerlos en conexión directamente con el derecho fundamental

⁸⁹⁰ STS 178/2003, 22 de julio de (TOL308.170; PONENTE: JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI).

⁸⁹¹ GARCÍA ALBERTO, R., “Libro II...”, Op. Cit., p. 1907.

⁸⁹² El tipo no expresa absolutamente nada en cuanto al consumo, por problemas probatorios, ya que el simple acceso o posesión no garantizan el adoctrinamiento, pues en realidad se requeriría el consumo del mismo.

de presunción de inocencia al no tener estos la misma fuerza que las pruebas directas⁸⁹³. Y es que teniendo en cuenta la gran importancia de este Derecho Constitucional⁸⁹⁴ (art. 24.2 CE) resulta necesario preguntarnos si en realidad la sola obtención de los indicios (acceso y posesión de contenido de naturaleza terrorista) bastarían para enervar la presunción de inocencia.

3.2. El contenido del derecho a la presunción de inocencia. Luces y sombras del delito de “autoadocctrinamiento” terrorista: la contraposición de los términos “adocctrinamiento” y “capacitación”

La presunción de inocencia se configura en nuestro Ordenamiento Jurídico con un doble carácter: por un lado, como un derecho fundamental (art. 24.2 CE), y por otro lado como un principio procesal⁸⁹⁵. En cuanto a su concepto, este ha sido ampliamente desarrollado, tanto por la doctrina penal como por la doctrina del TC. De acuerdo con la STC 111/1999, de 14 de junio (TOL 81.170; PONENTE: JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS), FJ 2: “La definición de la presunción de inocencia, que desde la perspectiva constitucional debe entenderse como «derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas» (STC 81/1998 , FJ 3.), implica que es la sentencia condenatoria la que debe expresar las pruebas de cargo que sustentan la declaración de responsabilidad jurídico-penal, que a su vez deben proceder de actos de prueba conformes a la Ley y a la

⁸⁹³ Esto es así debido a su origen, mientras que las directas se relacionan directamente con el hecho principal, la prueba indiciaria no, tal como indica CORTÉS DOMÍNGUEZ, “se habla de prueba indirecta cuando la prueba del hecho principal se hace mediante la prueba de otros hechos que dados suponen la existencia de aquel”. *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 9. La prueba (I)”, en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. / GIMENO SENDRA, V. / MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor Moreno CATENA)*, Ed. Colex, Madrid, 1996, p. 203.

⁸⁹⁴ Son numerosos los autores que califican a este derecho como “piedra angular” del proceso penal. De este modo, CELDEÑO HERNÁN expresa que el derecho a la presunción de inocencia se configura como “la piedra angular en torno a la cual se construye un modelo de proceso penal, en concreto, el proceso penal de corte liberal, en el que se pretende esencialmente establecer garantías para el imputado frente a la actuación del Estado”. *Vid.* CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto 2000, pp. 203 y 204. Con este pensamiento asimismo coincide VILLAMARÍN LÓPEZ, quien considera que sin este derecho no se podría dar un juicio con todas las garantías, pues, en todo momento se deberá la culpabilidad del acusado, y no su inocencia. *Vid.* VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico, 1-2007, p. 94.

⁸⁹⁵ *Vid.* CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones...”, *Op. Cit.*, p. 204. / OVEJERO PUENTE, A.M., “Protección del derecho a la presunción de inocencia”, en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017, p. 431 y 432.

Constitución y normalmente practicados en el acto del juicio oral, con todas las garantías”. Asimismo, la STC 128/1995, de 26 de julio (TOL82.867; PONENTE: CARLES VIVER PI-SUNYER) determina que “Momento esencial de ese régimen es la consideración de la presunción de inocencia que, como dijimos en la STC 109/1986 (RTC 1986\109), opera en el seno del proceso como una regla de juicio; pero, constituye a la vez una regla de tratamiento, en virtud de la cual el imputado tiene el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo. En cuanto regla de juicio, la presunción de inocencia exige que la prisión provisional no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse. Como regla de tratamiento, el hecho de que el imputado haya de ser considerado no culpable, obliga a no castigarle por medio de la prisión preventiva. Y eso quiere decir que ésta no puede tener carácter retributivo de una infracción que aún no se halla jurídicamente establecida. Y, con mayor razón, proscribe la utilización de la prisión con la finalidad de impulsar la investigación del delito, obtener pruebas o declaraciones, etc., ya que utilizar con tales fines la privación de libertad excede los límites constitucionales”.

Si atendemos al sector doctrinal penal, autores como GIMENO SENDRA define este derecho como “un derecho del encausado que fundamentalmente se quebranta cuando no se haya practicado una actividad probatoria de cargo suficiente para deducir razonablemente la participación del acusado en el hecho punible”⁸⁹⁶; y sigue, “el derecho a la presunción de inocencia significa, esencialmente, el derecho de todo encausado a ser absuelto, sino se ha practicado una mínima prueba válida de cargo, acreditativa de los hechos motivadores de la acusación, desarrollada o constatada y ratificada en el acto del juicio oral, con sujeción a los principios de oralidad, inmediación, contradicción y publicidad”⁸⁹⁷. De esta manera, y en palabras de TOMÁS Y VALIENTE, “La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribe la

⁸⁹⁶ GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de la Luna, Madrid, 2015, p. 91.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, p. 92.

condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente”⁸⁹⁸.

De ambas afirmaciones podemos establecer un paralelismo que deriva en la vertiente procesal de la presunción de inocencia, por la que esta se concibe como regla de tratamiento, es decir, partiendo de la idea de que el imputado será considerado inocente, lo que conlleva a evitar “cualquier medida cautelar como castigo previo”⁸⁹⁹, por una parte; y como regla de juicio, esto es, que solamente se podrá desvirtuar con una actividad probatoria mínima, la cual además deberá ser aportada por la acusación, por otra parte⁹⁰⁰.

Nos encontramos pues, ante una presunción *iuris tantum*, que solo será posible desvirtuar la inocencia del sujeto por medio de un proceso que sea dirigido por la duda y en el que se pase de una certeza a otra gracias a las pruebas⁹⁰¹. Y he aquí el gran problema, no está estipulado el número de pruebas a aportar para desvirtuar la presunción de inocencia, sino que se establece que se deberá aportar al juzgador un grado de certeza suficiente⁹⁰², ya sea mediante prueba directa o a través de pruebas indiciarias. Parece claro que la prueba directa puede destruir la presunción de inocencia, ya que esta cuenta con suficiente fuerza y contundencia al recaer sobre un hecho principal⁹⁰³, no obstante, cuando se habla de la prueba indiciaria son numerosas las dudas que surgen, especialmente si esta se presenta individualmente y no como apoyo de alguna prueba directa.

Si atendemos a la doctrina del Tribunal Supremo, como lo son las SSTs 5456/1986, de 14 de octubre (ID CEDOJ: 28079120011986100979; PONENTE: RAMÓN MONTERO FERNÁNDEZ-CID); STS 8103/1997, de 29 de mayo (TOL1.551.750; PONENTE: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN), STS 1778/2000 de 21 noviembre (TOL4.920.270; PONENTE: JOAQUÍN DELGADO

⁸⁹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., “«*In dubio pro reo*», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n. 7, n. 20, mayo-agosto 1987, p. 25.

⁸⁹⁹ COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, p. 98. / CEDEÑO HERNÁN, M. “Algunas cuestiones...”, Op. Cit., p. 203.

⁹⁰⁰ *Ibidem* / CEDEÑO HERNÁN, M. “Algunas cuestiones...”, Op. Cit., pp. 188- 191.

⁹⁰¹ TOMÁS Y VALIENTE, F., “«*In dubio pro reo*»...”, Op. Cit., pp. 25 y ss.

⁹⁰² STS 1778/2000 de 21 noviembre (TOL4.920.270; PONENTE: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

⁹⁰³ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Lección 9...”, Op. Cit., pp. 202 y 203.

GARCÍA), este establece que la sola aportación de la prueba de indicios será suficiente para enervar la presunción de inocencia⁹⁰⁴, ya que, como TOMÁS Y VALIENTE ha afirmado, “de una serie de indicios convergentes puede obtener el juzgador mayor grado de certidumbre que de una sola prueba directa”⁹⁰⁵, lo que al mismo tiempo se reducirían los casos de impunidad en aquellos supuestos en los que no se pudieran aportar pruebas directas⁹⁰⁶. No obstante, y al tratarse de una prueba que no está directamente conectada con el hecho principal será imprescindible un mayor grado de intensidad de la fundamentación⁹⁰⁷.

Resumiendo, de acuerdo con la STC 111/2008, de 22 de septiembre, (TOL. 1.372.375; PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS) la presunción de inocencia podría desvirtuarse con la sola concurrencia de pruebas indiciarias, con la condición, que deberán reunir una serie de requisitos para poder constituirse como prueba de cargo suficiente como para desconfigurar la presunción de inocencia. El TC ha establecido como los siguientes:

1) El hecho o los “hechos base” deben estar plenamente probados. La prueba indiciaria juega con hipótesis que parte de una idea firme, real, concreta, hasta llegar mediante un “camino” de “evidencias” y razonamiento lógico a una conclusión a la que solo se podría haber llegado a través de un método deductivo o inductivo.

2) De hecho, y en relación con el primer requisito, el TC establece que de estos “hechos base” deben deducirse los hechos constitutivos de delito. Y como definió el TC en su STC de 19 de enero de 1962: “en materia penal no caben las presunciones en contra

⁹⁰⁴ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. / FERRERO BAAMONDE, X. X. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEVANTE SPIEGELBERT, J. L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas. Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 544 / *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 723.

⁹⁰⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. “«*In dubio pro reo*»...”, Op. Cit., p. 32.

⁹⁰⁶ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre la prueba penal y argumentación judicial*, Ed. OLEJNIK Ediciones, Santiago de Chile, 2018, p. 78.

⁹⁰⁷ Es necesario destacar aquí que, a pesar de que por mandato constitucional todas las resoluciones jurídicas deben estar fundamentadas (art. 120.3 CE), no es menos cierto que, debido al débil carácter del indicio y, por ende, de la prueba indiciaria, resulta lógico y comprensible que se deba aumentar en dichos casos la fundamentación, ya que, como reseña BELDA “ello genera que el sistema judicial no sea arbitrario y aunque cada órgano puede concluir en un mismo resultado consecuencia de hechos similares, ello no crea arbitrariedad en tanto se fundamenten con lógica las percepciones del juzgador que finalizan en metas diversas”. *Vid.* PÉREZ-PEDRERO, E. B, “La presunción de inocencia”, en *Anuario de Parlamento y Constitución*, n. 5, 2001, p. 192.

del reo”⁹⁰⁸, sino que se deberá seguir un proceso lógico, un nexo que una dos realidades conocidas a través de hechos, de los cuales no se conoce con certeza absoluta su concurrencia pero que resulta la más verosímil si se hace uso de las “reglas del criterio humano”⁹⁰⁹.

3) Al hilo de lo anteriormente dicho, es imprescindible que el órgano jurisdiccional “exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia” en cualquier caso⁹¹⁰. La doctrina a este respecto es amplia (SSTC 174/1985, de 17 de diciembre TOL79.817; PONENTE: ÁNGEL LATORRE SEGURA / 175/1985, de 17 de diciembre, TOL79.818; PONENTE: RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT), por la que se exige que, y transcribiendo la literalidad de la STC 62/1994, de 28 de febrero (TOL82.470 PONENTE: JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ), “entre los indicios probados y el hecho que se infiere de ellos, (debe) existir un enlace preciso y directo de acuerdo a las reglas del criterio humano”. La inferencia será la que verdaderamente dará el “valor probatorio al indicio”, ya que estos, de forma individual y autónoma, no están dotados de fuerza suficiente como para la fundamentación de unos hechos, sino que el sentido (y la fuerza) de los indicios deriva directamente de la interconexión que existe entre ellos, “pues la conclusividad de una inferencia se atenúa o se refuerza en función del cuadro probatorio de referencia”⁹¹¹. Se exige pues, una clara razonabilidad, la cual servirá para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), que a su vez podría poner en riesgo en el proceso algún que otro derecho fundamental, siendo el más próximo el derecho a la libertad⁹¹². Se debe comprender, asimismo, que la decisión del órgano jurisdiccional no depende meramente de las pruebas, sino que a su vez habrá de

⁹⁰⁸ De hecho, y como bien argumenta COBO DEL ROSAL, “en el proceso penal se enjuician unos hechos, que poco o nada tiene que ver con unos indicios, pues, en el caso de aceptar siempre los mismos nos encontraríamos con una inversión de la carga de la prueba, también conocida por *probatio diabolica* inadmisibles y que no es propia de un proceso penal liberal y democrático como debe ser el español”, *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 724 / *Vid.* GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 92.

⁹⁰⁹ JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 7.

⁹¹⁰ De hecho, el juez deberá fundamentar esta incidencia siempre, incluso en los casos simples en los que parezca que no sea necesario, todo con el objetivo de salvaguardar la presunción de inocencia y garantizar un juicio con todas las garantías, libre de arbitrariedades. *Vid.* COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 727.

⁹¹¹ IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre prueba penal...*, Op. Cit., p. 46.

⁹¹² GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 96.

“atender a las reglas de la lógica y de la razón en el juicio valorativo judicial”, ya que “el juzgador no puede llegar a un juicio de culpabilidad fundándose en cualquier elemento incriminatorio, con independencia de su fiabilidad, de acuerdo con las reglas de la lógica y la razón”⁹¹³. De esta manera, la inferencia no es simplemente un elemento innegable e inalienable del indicio y el hecho conclusivo, sino que a su vez sirve de garantía frente a la arbitrariedad del órgano jurisdiccional ya que como apunta MORENO CATENA, “es posible y frecuente, que los mismos hechos (indicios) probados permitan en hipótesis diversas conclusiones o se ofrezcan en el proceso interpretaciones distintas de los mismos. En este caso -indica la STC 174/1985 (FJ6)- “«el Tribunal debe tener en cuenta todas ellas y razonar porqué elige la que estima como conveniente»”⁹¹⁴.

4) En la explicación del concepto “inferencia” es común y recurrente el término “lógica”. Y no es casual ya que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, “el razonamiento deberá estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común”⁹¹⁵. Sin duda, y atendiendo a la naturaleza del proceso penal en concordancia con un sistema garantista, la inferencia no podría, en ningún término, estar fundamentada en un proceso mental que no fuera lógico, de lo contrario se entraría en el terreno de la arbitrariedad, que desfiguraría a su vez, los límites del *ius puniendi*⁹¹⁶.

⁹¹³ MORENO CATENA, V., “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 430. El autor realiza en su obra un razonamiento muy preciso, certero y profundo sobre la importancia de la motivación de la inferencia del juzgador. Especialmente destaca que, “cualquiera que sea la convicción del Tribunal, si las pruebas no acreditan el hecho delictivo y la participación del acusado o existen dudas al respecto, se impone una sentencia absolutoria porque, para que sea posible a condena, no basta con la probabilidad de que así ha sido (STS de 9 de septiembre de 1992)”, y continua “la estimación en conciencia a que se refiere el precepto legal no ha de entenderse o hacerse equivalente a un cerrado e inabordable criterio personal e íntimo del Juzgador, sino a una apreciación lógica de la prueba, no exenta de pautas o directrices de rango objetivo, que aboque a una historificación de los hechos en adecuado ensamblaje con ese acervo de datos acreditativos o reveladores, que hayan sido posible concentrar en el proceso, sin perjuicio de la limitada depuración que se permite por la vía del art. 849.2 (STS de 29 de enero de 1988)” *Ibidem*.

⁹¹⁴ MORENO CATENA, V., (Dir.), *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III. Fase intermedia y juicio oral, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 2236.

⁹¹⁵ STC 111/2008, de 22 de septiembre, (TOL1.372.375; PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS)

⁹¹⁶ Recordemos que la obligatoriedad del órgano jurisdiccional no solamente se dibuja como un deber de cumplimiento intrínseco al proceso penal, sino que, al mismo tiempo, se debe hablar de un derecho para el ciudadano inmerso en el proceso, funcionando como garantía frente al *ius puniendi* estatal para evitar la arbitrariedad. (STC 112/1996, de 24 de junio, (TOL104.645; PONENTE: TOMÁS S. VIVES ANTÓN): “que la tutela judicial efectiva, consagrada en el art. 24.1 C.E., comprende el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, como garantía -dada la esencia de la función jurisdiccional- frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad en la actuación de los poderes públicos (STC 131/1990 fundamento jurídico 1., entre otras). Esta es una exigencia que se conecta no sólo con el citado art. 24 C.E., sino también con la primacía de la ley (art. 117.1 C.E.), como factor determinante del legítimo ejercicio de la propia

En resumidas cuentas, y a *grosso modo*, estas cuatro características principales son aquellas señaladas por la reciente tendencia del TC. No obstante, existe un quinto requisito que, aunque la jurisprudencia del TC ya no la incluye, fue por mucho tiempo imprescindible⁹¹⁷. A lo largo de este estudio de la prueba indiciaria se ha mencionado en alguna que otra ocasión la necesidad de valorar las pruebas en su conjunto, derivándose de ellas un *iter* razonable de una actividad mental deductiva. Destacando pues, la palabra “conjunto” se sugiere que deben darse una pluralidad de indicios sin que se haya establecido el número mínimo de estos. Sin embargo, el TC hoy en día, admite la unidad de indicio, indicando CALVO GONZÁLEZ que “bien que pudiendo bastar, excepcionalmente, la unicidad, cuando ese único indicio revista una relevancia «de especial significación»”⁹¹⁸. No se entrará aquí a valorar la decisión del TC, ya que, y como bien señala VILLAMARÍN LÓPEZ, “ante el aumento de ciertos tipos de criminalidad especialmente preocupantes para nuestras sociedades, en estos últimos años se han aprobado en muchos países europeos medidas que amenazan el contenido básico de la presunción de inocencia”⁹¹⁹, pues ya se estudió en el Capítulo I, las distintas

función jurisdiccional (STC 55/1987)” – FJ2- / *Vid.* STC 87/2000, de 27 de marzo (TOL24.512; PONENTE: MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE): “Como hemos señalado en la STC 147/1999, de 4 de agosto (F. 3), «el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 131/1990 [RTC 1990\131], F. 1, y 112/1996 [RTC 1996\112], F. 2), (...) ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 122/1991 [RTC 1991\122], F. 2; 5/1995 [RTC 1995\5], F. 3, y 58/1997 [RTC 1997\58], F. 2). En segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, esto es, que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (SSTC 23/1987, F. 3; 112/1996, F. 2, y 119/1998 [RTC 1998\119], F. 2). Y, por último, y no menos relevante, si el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra conectado con otro derecho fundamental el canon de las exigencias derivadas del deber de motivación es más riguroso (SSTC 62/1996 [RTC 1996\62], F. 2; 34/1997 [RTC 1997\34], F. 2; 175/1997 [RTC 1997\175], F. 4; 200/1997 [RTC 1997\200], F. 4; 83/1998 [RTC 1998\83], F. 3; 116/1998 [RTC 1998\116], F. 4, y 2/1999 [RTC 1999\2], F. 2, entre otras)”.

⁹¹⁷ Y es que autores como GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS advierten que solo un indicio podría llegar a hacer que el propio juez realizara una interpretación errónea, ya que con la unidad de indicio no se podría considerar como suficientemente certera para ello. Es lo que la doctrina del TS previamente llamaba *indicium unus*, *indicium nullus*. *Vid.* GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en *Revista de Derecho Penal*, n. 22, septiembre 2007, p. 18.

⁹¹⁸ CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2001, p. 20. / JAÉN VALLEJO, M., *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002, p. 130.

⁹¹⁹ VILLAMARÍN LÓPEZ, M.L., “Inversión de la carga de la prueba ...”, *Op. Cit.*, p. 95.

consecuencias que había acarreado la globalización y sus factores colaterales, y a lo dicho en el concreto Capítulo me remito pues.

Sin embargo, y volviendo al hilo principal de este estudio, no se debe permitir que la sola concurrencia de un indicio sea suficiente como prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia del sujeto “autoadoctrinado”. Bajo el estándar de un Estado de Derecho y un sistema penal garantista resulta inaceptable y aberrante que un solo indicio pueda acreditar un tipo objetivo y subjetivo que, como se está exponiendo en estas líneas, es insuficiente e inspira poca entidad, ya que supondría relativizar el principio y el derecho a la presunción de inocencia. De esta manera, se estaría infravalorando la poca entidad del derecho a la presunción de inocencia.

La propia naturaleza del delito tipificado en el art. 575.2 CP no permite, *a priori* y basándome en la breve doctrina jurisprudencial del TS, la admisión de un solo indicio para desvirtuar la presunción de inocencia. No bastaría pues, que se encontrase información en posesión del sujeto de cómo poder elaborar una bomba, ya que se deberá aportar algún otro indicio para deducir que el sujeto estaba resuelto a llevar a cabo un atentado terrorista⁹²⁰.

Con el fin de probar esta hipótesis, al tiempo que se pretenderá demostrar que el delito (mal llamado) “autoadoctrinamiento terrorista” no resulta útil al Ordenamiento Jurídico penal debido a la dificultad de su aplicación, se procederá a realizar un estudio comparado de los requisitos de la prueba indiciaria, el contenido del derecho a la libertad de conciencia (art. 16 CE) y la jurisprudencia hasta ahora existente en el siguiente apartado.

⁹²⁰ Se recuerda aquí la decisión y los argumentos en los que se basaba el TS en la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL 1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA) relativa al caso 11M, por la que se exigía que se manifestase que el sujeto tenía la decisión de atentar, no deteniéndose en rasgos ínfimos y sin fuerza vinculante. Es necesario pues, diferenciar, a su vez, entre indicios y presunciones.

3.2. Análisis jurisprudencial del delito de autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP). Las dificultades de su aplicabilidad desde un punto de vista garantista

Desde que el delito de autoadoctrinamiento se incluyera en el Código Penal en 2015, tan solo son seis las sentencias que han llegado al Tribunal Supremo y han sido tratadas por el mismo⁹²¹. Sin embargo, y a pesar del corto recorrido jurisprudencial en lo referente al delito del 575.2 CP, ya se ha producido un importante giro jurisprudencial como se verá a continuación.

Poco se le puede reprochar a la primera sentencia, la STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO), en la que se puede intuir que el Alto Tribunal exige que se demuestre para qué delito el sujeto se ha estado capacitando. A la conducta de publicar con asiduidad contenido a favor de la organización terrorista DAESH en su propio perfil de Facebook, respecto a la cual la AN ya las había aceptado como la primera finalidad del tipo subjetivo, el TS le reprocha que “(...) en relación al caso de autos, respecto de quien desarrolla la conducta de formación autodidacta, no se indica para qué delito”, para continuar razonando, muy acertadamente, “(...) pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el Capítulo” (FJ2)⁹²². Por lo tanto, en esta resolución judicial el TS ejecuta una interpretación restrictiva (y correcta) del precepto, en la que exige que se demuestre la capacitación de un tipo delictivo concreto de naturaleza terrorista.

Recuerda el TS que “ni siquiera cabe identificar la adhesión ideológica con la autoformación para la incorporación en la organización o movimiento terrorista, o para colaborar con la misma, o para la persecución de sus fines, o para la comisión de que

⁹²¹ Al menos hasta la fecha de 27 de mayo de 2019.

⁹²² De hecho, en la propia sentencia el TS se ratifica en sus afirmaciones en cuanto a la exigencia de la acreditación de la finalidad subjetiva de “capacitarse”, expresando que “Pero, no resulta tipificado el autoadoctrinamiento si al margen del contenido de las páginas visitadas o los documentos adquiridos, la finalidad del autor resulta desligada (basta que no resulte acreditada), de la perpetración de alguna de las tipicidades recogidas en el título dedicada a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo”. *Vid.* STS 354/2017 (TOL6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO- FJ2).

cualquier otro delito previsto en este Capítulo VII del Título XXII, resta un tramo para llegar a estas incipientes resoluciones manifestadas, que precisa concreción en la tipicidad criminal buscada (no la referencia de un delito concreto sino al tipo delictivo), que obviamente debe ser acreditado (...) resulta obvio que la resolución refiere al radicalismo yihadista, pero ello tampoco deviene en manifestación de resolución delictiva alguna” (FJ 3). Por lo tanto, y como se puede apreciar por la literalidad del TS para el tribunal “radicalización” o “adoctrinamiento” no se identifican como sinónimos del término “capacitarse” que aparece expresamente en el precepto del art. 575.2 CP⁹²³. Asimismo, en la propia sentencia se especifica claramente que el órgano jurisdiccional tiene que señalar que la autoformación debe encaminarse hacia la comisión de un delito terrorista: “«decisión» que (...) debe proyectarse a una mínima exigencia de la manifestación incipiente de la concreción de la tipología de terrorismo para la que se capacitaba”⁹²⁴.

Bajo mi punto de vista, es esta (y no otra) la correcta interpretación del elemento subjetivo del delito del incorrectamente llamado “autoadoctrinamiento terrorista”, ya que lo que se castiga es en realidad la “autocapacitación”. Resulta imprescindible acotar al máximo nivel posible las restricciones e intromisiones que pueda llevar a cabo el *ius puniendi* en la esfera privada del sujeto⁹²⁵ y, atendiendo al tipo objetivo, abstracto y de dudosa constitucionalidad, el único “muro de contención” se construiría alrededor del elemento subjetivo.

⁹²³ Destaca, al mismo tiempo, que en la propia resolución judicial se traiga a colación la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), sobre el caso del 11M, en la que se deja claro que la actividad terrorista consiste en algo más que “«La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas (...) Consecuentemente, para afirmar la existencia de una banda armada, grupo u organización terrorista, no basta con establecer que los sospechosos o acusados sostienen, y comparten entre ellos, unas determinadas ideas acerca de una religión, un sistema político o una forma de entender la vida.

No basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción». Esto determina pues, que el TS, en dicha sentencia, rechaza que se asimile el adoctrinamiento con el concepto de capacitarse, especialmente si este constituye el elemento configurador de la comisión del delito, salvaguardando así el propio sistema garantista de Derecho Penal, especialmente el principio del hecho.

⁹²⁴ STS 503/2008, de 17 de julio (TOL1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), FJ 3.

⁹²⁵ Así lo expresó el Tribunal Supremo en su sentencia 503/2008, de 17 de julio (TOL 1.371.325 / PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), relativa al 11M, la cual expresa que: “«La acción terrorista es, pues, algo más que la expresión de ideas», se debe realizar una interpretación estricta con el fin de preservar el derecho a la libre expresión de pensamientos, ya que “la libre expresión y difusión de ideas, pensamientos o doctrinas es una característica del sistema democrático que debe ser preservada”.

Resulta, además, coherente con la definición oficial de la RAE, el Derecho Penal de Garantías y el principio del hecho, entre otros, encajando así todas las piezas definitivamente.

Sin embargo, el TS no tardaría mucho en cambiar la dirección de su “doctrina” en cuanto a la discusión sobre el elemento subjetivo del delito que se estudia. Tan solo unos meses después de que se publicara la STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO), el Alto Tribunal dictaría la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL.6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO). No solamente se trata de la primera sentencia de condena por el delito del 575.2 CP, sino que el TS contradice todo aquello que estableció en la resolución anterior.

Mientras que en la primera sentencia exige que se trace una línea nítida entre la radicalización y la adhesión ideológica, sin que se caiga en el error de difuminar las fronteras de ambos conceptos, esta vez para el TS basta con la comunión del ideario terrorista, expresando que “el recurrente estaba extremadamente radicalizado, como resulta del relato probatorio, y el propósito de cometer un atentado en España lo refirió una y otra vez, y en tal situación **no hace falta otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo**, sirviéndose de un cuchillo, un vehículo, o un arma o explosivo” (énfasis añadido).

Se trata de una contradicción en la que resulta extraña el giro de 180° de la interpretación jurídica de la primera de las dos finalidades del elemento subjetivo del delito. Mientras que, en la primera sentencia, el TS se niega a asimilar los conceptos de radicalización con el de capacitación, esta vez el Tribunal expresa claramente que “no hace falta otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo”. Este cambio de giro interpretativo es, evidentemente, ampliamente criticable. En primer lugar, y así lo manifiesta abiertamente y sin tapujos el TS con el uso del término “ideas”, se infringe el principio del hecho y el derecho a la libertad de conciencia (ya que como se ha manifestado anteriormente, la radicalización forma parte del ejercicio de dicho derecho), acercándose cada vez más a un Derecho Penal de Autor y, por ende, a un

Derecho Penal del Enemigo⁹²⁶. Resulta totalmente inconcebible que un alto Tribunal de un Estado de Derecho, como lo es el TS, incluya en su justificación jurídica el vocablo “ideas” para configurar el tipo subjetivo del delito y que se pueda dar así la cualificación del mismo. En un Estado democrático no cabe una justificación tan sucinta y fuera de Derecho, más aún cuando la justificación de la resolución judicial DEBE estar fundada en Derecho⁹²⁷.

Dejando de un lado los razonamientos utilizados por el Alto Tribunal, es necesario atender, asimismo, a la prueba indiciaria, y si esta, contrastando los requisitos expuestos por la STC 111/2008, de 22 de septiembre, (TOL1.372.375; PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS), servirían como prueba de cargo suficiente como para desvirtuar la presunción de inocencia del sujeto acusado del delito de autoadoctrinamiento terrorista.

Para ello, se continuará con el análisis de la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL. 6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO), que recordemos, fue la primera sentencia condenatoria del delito de autoadoctrinamiento terrorista. En el caso que se presenta en dicha sentencia, el acusado realiza una serie de conductas que el propio TS considera suficientes para demostrar el tipo subjetivo del delito del art. 575.2 CP. En primer lugar, el sujeto en sí, comienza con la publicación en su perfil de la red social Facebook de contenido de naturaleza terrorista, así como también se permite publicar una foto armado manifestando su apoyo a la organización terrorista DAESH⁹²⁸. No obstante,

⁹²⁶ CANO PAÑOS, M. Á., “La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional n. 39/2016, de 30 de noviembre”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 27, en (última visita: 08/04/2019): https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/09_CANO.htm

⁹²⁷ STC 196/2003, de 27 de octubre (TOL319.144; PONENTE: EUGENI GAY MONTALVO) “Con carácter previo a abordar esta cuestión debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; 87/2000 (TOL24.512; PONENTE: EDUARDO CORZO LÓPEZ), de 27 de marzo, FJ 6). Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo (TOL 83.201; PONENTE: VICENTE GIMENO SENDRA), FJ 2; 25/2000 (TOL 22.443; PONENTE: PABLO GARCÍA MANZANO), de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto (TOL 81.197, PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS), FJ 3)”.

⁹²⁸ Resulta extraña aquí la aplicación de criterios del TS. Mientras que para el delito de robo con arma de fuego se tiene en cuenta si el arma de fuego es real o no para modular la pena, en este caso en concreto se prescinde de este criterio. Y es que, si tenemos en cuenta la STS 864/2009, 13 de julio (TOL. 1.594.288; PONENTE: ADOLFO PREGO DE OLIVER

el sujeto no se limita al intercambio de información en Internet, sino que la actividad virtual pasa por manifestar en no pocas ocasiones su deseo de cometer un delito de terrorismo en España, así como intenta convencer a sus interlocutoras para que lo acompañen a Siria. En el transcurso de estas comunicaciones coincide con algunos integrantes de la organización terrorista DAESH, a los cuales les describe las virtudes de vivir bajo el poder del “califato” además de aportarle diversas rutas para trasladarse a territorio controlado por DAESH.

Estos “indicios”, si es que pudieran ser considerados como tal es, el TS los interpreta como una prueba clara y concisa que el tipo subjetivo ha sido completado y que, junto al elemento objetivo del tipo, el delito se ha consumado perfectamente.

Sin embargo, y bajo mi punto de vista, los indicios no cumplen con los requisitos establecidos por la doctrina del TC. Aunque los llamados “hechos base” (publicaciones en Facebook, y contacto con diversas personas) se han demostrado como probados, no se puede decir lo mismo del nexo causal entre los hechos base y los hechos constitutivos de delitos. Y es que en ningún momento el órgano jurisdiccional sigue un razonamiento medianamente lógico en el *iter* mental que ha seguido para deducir que de estos indicios

TOLIVAR): “Es cierto que en el caso de pistolas de juguete cabe la apreciación de un uso de instrumento u objeto peligroso, cuando sus dimensiones y material con que está fabricado -de hierro o acero, por ejemplo- permiten un uso de golpeo tan peligroso como pueda serlo cualquier otro objeto de esas características de tamaño y material. Pero es necesario en tales casos algo más que la mera afirmación de que era una pistola “de juguete” (FJ5). No ser una pistola verdadera, es decir una verdadera arma, no expresa más que lo que no es, y no afirma nada por lo que tenga que ser objeto peligroso puesto que no se describen sus características de tamaño, peso o composición material. Deducirlas a su vez de las concretas lesiones causadas conduciría a la absurda consecuencia de estimar como objeto peligroso cualquier cosa con la que se produjeran las lesiones creando un subtipo agravado sobre presupuestos coincidentes con los que se precisan para el genérico, y aún más cuando constando la reiteración del golpeo sobre la cabeza cabe que el alcance de las lesiones resultase de esa repetición de golpear y no de unas características del objeto que lo hicieran especialmente peligroso”.

Sin embargo, en contraposición se encuentra el caso STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO) en el que cuando el sujeto alega que las armas usadas para la fotografía que posteriormente publicaría en su perfil social de Facebook, estas eran unas falsificaciones, el TS determina que ese hecho no tiene importancia, ya que el fin del individuo era provocar una intimidación o sentimiento de terror entre las personas que vieran su imagen, de acuerdo asimismo con la sala “fin del terrorismo”. Si atendemos a las dos situaciones se puede apreciar que, mientras que en la primera de ellas, es decir, en la del robo, la víctima no podría discernir entre un arma falsa o no, y la intimidación ya se habría producido (además de considerarse en mayor riesgo de lesión cualquier bien jurídico, ya que la víctima podría atacar pensando que obra en defensa propia e incluso llegar a acabar con la vida del atacante), en la segunda situación, esto es, la publicación de Facebook empuñando un arma, difícilmente podría intimidar a alguien, y mucho menos, poner en riesgo algún bien jurídico, aunque sea de forma remota.

el sujeto se encuentre capacitado verdaderamente para cometer un delito de terrorismo. Tanto las publicaciones de Facebook, que se podrían encuadrar perfectamente en el derecho a libertad de conciencia y de expresión del sujeto (art. 16 CE), como el hecho de frecuentar distintas personas, aunque estas pertenezcan a DAESH, no significa que el sujeto se encuentre capacitado para conllevar un delito de terrorismo⁹²⁹, más aún cuando los atentados de DAESH siguen un patrón y un *modus operandi* genuino.

Así pues, no es suficiente con la simple “afiliación ideológica”, sino que “a efectos penales siempre será preciso algún hecho verificable y significativo, que acredite al menos el inicio de acciones encaminadas a la obtención de medios idóneos para el logro efectivo por ellos mismos o por terceros de aquella finalidad”. De hecho, en ningún momento la STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL. 6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO), alude a la supuesta “capacitación”, sino que en su lugar se hace referencia a la “extremada radicalización del sujeto (...)”, y en tal situación no hace falta otra capacidad que poner en práctica esas ideas de patógeno fanatismo, sirviéndose de un cuchillo, un vehículo, o un arma o explosivo” (FJ 1). De igual forma ocurre con la STS 661/2017, de 10 de octubre (TOL 6.378.785; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO), por la que el TS entiende que se da por satisfecho el tipo subjetivo tan solo porque “el material documental de que disponía el acusado y que en algunos casos compartía con otros de sus hermanos, sí estaba destinado a adoctrinarse para que cuando llegara el momento enrolarse como su hermano en la Yihad que se desarrollaba en Siria” (FJ 6).

La adhesión ideológica no puede considerarse, bajo ningún concepto, como señal de inicio de comisión de un delito, al menos el delito de autoadoctrinamiento que aquí se estudia. El razonamiento del TS por lo tanto no resulta correcto, ya que la “finalidad” concreta en la que se sustenta la interpretación se encamina a la “radicalización” y no a la “capacitación”. De este modo, los indicios que destaca la sentencia sí que se pueden considerar como una prueba indiciaria y de cargo suficiente para demostrar la

⁹²⁹ Es necesario, para arrojar un poco de luz a mi planteamiento, recurrir a lo ya dicho por el mismo TS en 2008, en la STS 503/2008, de 17 de julio (TOL 1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA), referida a los atentados del 11M de Madrid. De acuerdo con dicha resolución judicial, “no basta, pues, demostrar que el acusado piensa de una determinada manera, o que contacta o se relaciona con otros de la misma o similar ideología. Es necesario, mediante la constatación de hechos significativos, probar, al menos, que ha decidido pasar a la acción”.

radicalización del sujeto, siempre y cuando la radicalización fuera un delito. Empero, y como ya he repetido anteriormente, la primera de las finalidades que se tiene que seguir para cumplir el elemento subjetivo del delito, no es la radicalización sino la capacitación.

Ahora bien, es también necesario expresar que no todos los delitos de terrorismo admiten una capacitación. En otras palabras, ciertos delitos de terrorismo no son susceptibles de llevar a cabo una formación, siendo un ejemplo de esto el enaltecimiento al terrorismo. Resulta complicado imaginar que un sujeto se forme para cometer un delito de enaltecimiento de terrorismo o, sin ir más lejos y sirviéndonos las sentencias dictadas por el TS, para llevar a cabo un delito de traslado a territorio extranjero controlado por una organización terrorista del art. 575.3 CP.

La “capacitación” tiende más a encajar con conductas que llevan implícito un proceso de formación, tales como un atentado por medio de armas, ya sean blancas o de fuego, o bien a través de la utilización de bombas. No se puede imaginar a un individuo siguiendo unas instrucciones o un método para integrarse en una organización o grupo terrorista, o para enaltecer al terrorismo, y ni qué decir del delito de traslado. En lo referente a este último tipo penal no parece sencillo que un individuo encauce un proceso de adiestramiento autónomo para realizar su viaje a territorio controlado por DAESH, más cuando estas rutas se consiguen a través de un enlace que proporciona la información. Y es precisamente eso: informarse y no formarse. No es posible formarse para viajar, sino que en realidad se realizar una actividad de consulta.

Con lo cual, no podría existir compatibilidad entre el delito de “autoadocctrinamiento” terrorista con respecto a la generalidad de los delitos de terrorismo. No se podrá aplicar, entonces, este precepto en cualquier caso.

Ante los argumentos aquí expuestos solo queda expresar que la interpretación llevada a cabo por el TS ni se ajusta a la literalidad del precepto, ampliando considerablemente el margen de aplicación del mismo, ni tampoco a los requisitos de la prueba indiciaria, por lo que en ninguna circunstancia se podría considerar una prueba de cargo suficiente en detrimento del principio de presunción de inocencia.

3.3. Una propuesta de *nomen iuris*: el delito de “autocapacitación”

Hasta este momento, me he referido a la conducta tipificada en el art. 575.2 CP como “delito de autoadoctrinamiento”, nomenclatura por la que es conocida tanto en la doctrina como por las instituciones. Pero, a la luz de los datos ofrecidos y gracias a las reflexiones y contrastes a los que han sometido los distintos conceptos podemos afirmar que no es este el nombre que le pertenece a la conducta que se analiza.

De este modo, sería un error continuar llamando a este delito por un nombre que no le pertenece, porque, de hecho, así solo se contribuiría a que se tendiera a errar en el momento de la interpretación del término “capacitarse”.

He afirmado en numerosas ocasiones que, en realidad, la interpretación pertinente para la primera finalidad del tipo subjetivo debería ser literal, estricta, y no la que se le da por parte de la doctrina jurídica (AN y TS) y la doctrina penal en sus análisis. Determinado entonces que en realidad el “adoctrinamiento” en realidad forma parte del Derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE) no resulta razonable continuar usando dicha referencia al hablar de delito del art. 575.2 CP.

Así las cosas, el delito no debería llamarse “autoadoctrinamiento terrorista”, sino que, en realidad, el nombre correcto para dicha conducta debe ser “autocapacitación terrorista”. De esta manera, ya se daría una intuición al que decidiera interpretar el precepto: la primera finalidad del elemento subjetivo será el de “capacitación”, es decir, habilitarse para hacer algo y no adoctrinamiento o radicalización. Esta será además la forma en la que me referiré a dicha conducta a partir de ahora: delito de autocapacitación terrorista.

IV. SEGUNDO ELEMENTO SUBJETIVO: EL DOLO DE “COMETER DELITOS COMPRENDIDOS EN ESTE CAPÍTULO”

1. Introducción

Como ya se ha comprobado en el anterior precepto, y al mismo tiempo de acuerdo con la jurisprudencia del TS, la capacitación debe encaminarse a la comisión de un delito contenido en “este Capítulo”, esto es, un delito de terrorismo⁹³⁰. Esto, a su vez, da indicios de que en realidad se está ante un “delito mutilado de dos actos”, es decir, “aquellos en los que el primer acto es suficiente para realizar el tipo, siempre que se tenga intención de realizar un segundo acto típicamente previsto”⁹³¹. Y es que, tal y como sucede con el delito de autocapacitación terrorista, se recurre a los delitos mutilados de dos actos cuando el legislador pretende adelantar la barrera de punibilidad, pues en este tipo de delitos “la intención va referida a la realización de los actos posteriores”⁹³².

Así pues, sin este elemento tendencial, de complicada prueba, no se estará cometiendo delito alguno de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP. Y así sería la interpretación justa y lógica, si no fuera porque, de nuevo, el legislador ha pecado de ser demasiado abstracto en su redacción, sin determinar qué delitos de terrorismo son susceptibles de dicha capacitación. En efecto, la heterogeneidad de los delitos de terrorismo despierta dudas sobre la compatibilidad del delito del 575.2 CP con el resto de

⁹³⁰ Así mismo lo expresa la STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL 6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO): “Elemento subjetivo que obviamente necesita probarse, sin que resulte suficiente para su acreditación, el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información, determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado. (...) pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el capítulo”.

⁹³¹ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo XIX. Consecuencias jurídicas del delito (I). La pena. Cuestiones generales”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010, p. 572.

⁹³² Resulta lógico, pues por definición, “los actos preparatorios deberán realizarse con la intención de cometer posteriormente el delito”. *Vid.* GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado...”, *Op. Cit.*, p. 111 y 133.

conductas de naturaleza terrorista. O lo que es lo mismo, no todo delito de terrorismo resulta susceptible de capacitación.

Entonces, ¿qué tipo de delito será susceptible de dicha capacitación? Para ello primero será necesario un análisis de los delitos de terrorismo que el propio Código Penal contiene, estudio somero, sin embargo, por varias razones: por tratarse de un estudio que bien podría derivar en otra tesis doctoral, por un lado; y por no resultar de especial relevancia, por otro.

2. Los delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Código penal y su compatibilidad con la capacitación exigida

De este modo, se tratará de realizar un análisis que sea suficiente para dar respuesta (tan solo) a la pregunta de si dicho delito requiere una previa capacitación o si, por el contrario, el delito de autocapacitación no es compatible con la conducta en sí.

a) Delitos de terrorismo (art. 573 CP)

El art. 573 CP se redacta con influencias europeas. De hecho, se introduce aquí la definición de delito de terrorismo⁹³³, inspirada totalmente por la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002. Aun así, el art. 573 se ha convertido en una especie de “cajón de sastre”, en el que conviven distintas conductas, todas ellas heterogéneas. No obstante, y como se verá más adelante, no basta con el tipo objetivo, sino que el mismo art. 573.1 CP establece una serie de finalidades

⁹³³ No obstante, y como bien indica CAMPO MORENO, “(aunque) la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo, habla de una nueva definición de terrorismo (...) lo cierto y verdad es que el art. 573 CP no lo define, sino que opta por considerar tal a la unión de una serie de delitos graves contra muy diversos bienes jurídicos, y muy heterogéneos, (...), para culminar con una nueva consideración de los delitos de terrorismo, a modo de cajón de sastre”. *Vid.* CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 39 y 40.

que tendrán que darse, ya sea de forma alternativa o conjuntamente, para que se pueda calificar la conducta como un delito de terrorismo^{934/935}.

Sin embargo, y para apreciar la evolución del precepto, es necesario traer a colación el anterior concepto que la doctrina judicial desarrolló con respecto al concepto de “delito de terrorismo”. Con anterioridad a la reforma que se llevó a cabo en 2015, la cual modificó asimismo el art. 573 CP, el concepto de terrorismo se caracterizaba por una estructura tradicional. De este modo, en el “delito de terrorismo” se podían diferenciar al menos tres elementos: un elemento objetivo material, que consistiría en la conducta en sí; un elemento tendencial o teleológico, que venía a exigir la concurrencia de una finalidad concreta (subvertir el orden político establecido) con la consecución de la conducta típica; y, además, un elemento formal o estructural, es decir, que dichas conductas debía llevarse a cabo desde una estructura de carácter terrorista.

No obstante, en lo referente al último de los elementos, el estructural, “desapareció” con la reforma de 2015, en otras palabras, ya no es imprescindibles que estas conductas se concreten desde la cobertura de una estructura terrorista, ya que el legislador ha introducido en el actual Ordenamiento Jurídico penal español la figura del terrorista “autónomo”⁹³⁶. De este modo, la conducta terrorista se torna más amplia, pudiendo cualquiera realizar un delito de terrorismo mientras que se persigan determinadas finalidades (art. 573 CP).

Pero no cesa aquí la polémica únicamente, sino que las conductas del 573 CP adolecen de varias incompatibilidades con las bases político-criminales y el Derecho Penal de Garantías. No obstante, se analizarán por separados el tipo objetivo y el subjetivo de tales conductas.

⁹³⁴ ZARAGOZA AGUADO, J., “art. 573”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 613.

⁹³⁵ La reforma nace como reacción a los nuevos modelos de terrorismo existentes. La misma exposición de motivos indica que “el terrorismo yihadista se caracteriza por haber incorporado nuevas formas de agresión, entre ellas, los nuevos métodos de captación y adoctrinamiento así como su vocación internacional”, lo cual, ha provocado que el mismo ordenamiento jurídico se haya visto modificado a fin de adaptarse a este nuevo paradigma. *Vid.* JAÉN VILLAREJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L., *La reforma de 2015: análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, de 30 de marzo, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, p. 189.

⁹³⁶ ZARAGOZA AGUADO, J., “Art. 573...”, *Op. Cit.*, p. 614.

En primer lugar, y como ya se ha expresado en líneas anteriores, el art. 573 CP recoge varias conductas, siempre y cuando sean “conductas graves” que atenten contra una serie de bienes jurídicos, a saber: delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancía.

El precepto incluye conductas que se corresponden con delitos comunes, que van desde el homicidio, hasta delitos contra el medio ambiente, incluso. Pero, estas conductas tienen una particularidad: deben ser graves^{937/938}. Volviendo a las conductas, estas no comparten una estructura similar, sino que no coinciden en la naturaleza de la que se valen. Conviven pues, delitos de lesión y de peligro (ya sean de peligro concreto como de peligro abstracto); delitos contra bienes jurídicos individuales y delitos contra bienes jurídicos colectivos; delitos con un elemento subjetivo simple y delitos que requieren de un elemento subjetivo específico.

Este elemento subjetivo específico consiste en:

“1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”.

⁹³⁷ GARCÍA ALBERO, R., “Libro II...”, Op. Cit., p. 1901.

⁹³⁸ De este modo, se deberá atender a lo dispuesto por el art. 33.2 CP, en cuanto a qué se entendería por delito grave: “a) La prisión permanente revisable; b) La prisión superior a cinco años; c) La inhabilitación absoluta; d) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años; e) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años; f) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años; g) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años; h) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos, por tiempo superior a cinco años; i) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; j) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, por tiempo superior a cinco años; k) La privación de la patria potestad”.

Previamente a la reforma operada la LO 2/2015, de 30 de marzo, las finalidades se limitaban a dos: subvertir el orden constitucional, por un lado; y “alterar gravemente la paz pública”, por otra⁹³⁹. Sin embargo, con la entrada en vigor de estas finalidades se amplían a tres finalidades más⁹⁴⁰. Entre estas finalidades existen contradicciones y solapamientos, los cuales son necesarios señalar para atender al verdadero sentido de la conducta del art. 573 y así tener en mente cómo se consumará.

La primera de las finalidades será “subvertir el orden constitucional⁹⁴¹, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo”. En cierto modo, al menos la primera parte, coincidía con la definición de “delito de terrorismo” anterior a la reforma. Se puede apreciar que se trata de conductas demasiado amplias y ambiguas, sin que la propia ley establezca un criterio o una aclaración al respecto. Ahora bien, lo que sí parece claro es que el objetivo de esta supresión o desestabilización grave del funcionamiento recaerá sobre la estructura estatal: “la Administración política (poder ejecutivo), las Cortes Generales (Poder legislativo) y el Poder Judicial”. No obstante, y como bien aclara VÁZQUEZ IRUZUBIETA, este orden constitucional⁹⁴² o funcionamiento de la mecánica estatal con la destrucción de las sedes de estos Poderes estatales, ya que se podría continuar con la actividad pertinente en otro lugar, sino que sería necesario con el hecho expreso de “impedir el ejercicio de la actividad política del Estado”⁹⁴³.

⁹³⁹ Hay que tener en cuenta que, con anterioridad a la reforma de 2015, los delitos de terrorismo debían llevarse a cabo en el contexto de una organización o grupo terrorista y que, esta a su vez, entendía que las conductas debían ser llevadas a cabo con estas dos finalidades concretas (art. 571.3 CP, anterior a la reforma de 2015).

⁹⁴⁰ AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L, *Terrorismo en el siglo XXI...*, Op. Cit., pp. 102 y 103.

⁹⁴¹ Para más precisión en cuanto lo que se entenderá por orden público u orden constitucional me remitiré a lo ya expresado en el Capítulo III de este trabajo.

⁹⁴² Es necesario hacer referencia a que la jurisprudencia entiende la “finalidad de subvertir el orden constitucional” en un sentido amplio, pues no se limitará a la Constitución, sino que además se tendrán en cuenta los tratados internacionales en los que España sea Estado parte, así como también “el conjunto de derechos y libertades reconocidos en ellos, tanto los de orden individual como los de naturaleza colectiva (STS 789/14, 2-12)”. Vid. CASTELLÍ MONSERRAT, C., “Título XXII. Delitos contra el orden público”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 1732.

⁹⁴³ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “De los delitos de terrorismo”, en VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (Dir.), *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 771.

En la última parte de este apartado, una finalidad se materializaría en obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. Sin embargo, se trata de un precepto bastante controvertido ya que, y como ha llegado a la conclusión GARCÍA ALBERO, “podría dar lugar a la represión como delito de terrorismo de actos hasta hace poco simplemente constitutivos de delito de atentado, o de simples desórdenes públicos. (...) pero desde mi punto de vista, y por un elemental criterio teleológico, al estar considerada dicha finalidad con las más graves de subversión del orden constitucional, no puede referirse simplemente a la coacción a la autoridad o sus agentes”⁹⁴⁴. De igual modo piensa NAVARRO CARDOSO, al referirse a esta finalidad como desbroadante y ambigua ya que “pueden hacer caer dentro del ámbito de punición conductas en cuya dirección de ataque no están los intereses que se pretenden proteger con los delitos de terrorismo (pensemos en una acción de encadenamiento de miembros de una plataforma antidesahucio con el fin de evitar que el juzgado y la policía lleven a cabo la ejecución de un desahucio)”⁹⁴⁵.

La segunda de las finalidades consiste en “alterar gravemente la paz pública”. Ya se analizó en el Capítulo III el contenido del término “paz pública” y la interpretación que tanto la jurisprudencia como la doctrina penal ha desarrollado a través de los años, por lo que me remitiré a lo ya expresado entonces. No obstante, en este concepto “se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia, y por tanto permiten el ejercicio de los Derechos Fundamentales de las personas”⁹⁴⁶. A esto, además, hay que añadirle la repercusión que provocan las redes sociales en las condiciones de la “paz pública”, lo que ampliaría el término incluso más⁹⁴⁷.

“Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional”, sería una de las tres nuevas finalidades introducidas por la LO 2/2015, de 30 de marzo, inspirada a su vez en la normativa europea. Así, se podría equiparar a que

⁹⁴⁴ GARCÍA ALBERO, R., “Libro II...”, Op. Cit., p. 1895.

⁹⁴⁵ NAVARRO CARDOSO, F., “Los tipos dolosos del delito ...”, Op. Cit., p. 7.

⁹⁴⁶ STS 1321/1999, de 27 de septiembre (FJ2) (TOL5.152.277; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI).

Véase también SSTS 987/2009, de 13 de octubre (TOL1.459.586; PONENTE: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA); 1622/2001, de 21 de septiembre (TOL4.976.463; PONENTE: ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL).

⁹⁴⁷ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “De los delitos de...”, Op. Cit., p. 772.

se redujera o desapareciera “la posibilidad de prestar un servicio eficaz”⁹⁴⁸. El propio sentido de lo que pretende el precepto de forma literal solapa con la primera de las finalidades subjetivas si no fuera porque en este caso el sujeto pasivo fuera otro, es decir, una organización internacional en vez de las instituciones estatales.

Por último, y no por ello menos polémica, la última de las finalidades que se recoge en el art. 573.1 CP consistiría en “provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella”. Y es que el legislador se equivoca: el terror no es el fin, sino el medio. El grupo terrorista no tiene el fin de causar terror, más bien el terror representa la herramienta con la que el grupo terrorista pretende conseguir sus objetivos. Así, la banda terrorista ETA aspiraba a la independencia del territorio vasco, para lo cual perpetró sus ataques violentos indiscriminados como medio de coacción contra el Estado; o DAESH, por poner otro ejemplo, hace cundir el pánico con sus amenazas y sus actividades terroristas para implantar el “califato universal” y vengar a sus hermanos musulmanes al tiempo que castigan a los “infieles”. Como se puede observar, se produce un solapamiento de esta finalidad con las demás⁹⁴⁹, ya que el miedo constituirá el medio definitivo de tratar de conseguir sus objetivos.

Entonces, estas son las finalidades que deberán acompañar en todo momento a las conductas para que se pueda hablar de un delito de carácter terrorista. Sin embargo, y volviendo al elemento central de esta tesis, se debe determinar qué conductas en concreto podrían tener una compatibilidad con el delito de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP. Para esto, se precisa un análisis de cada una de las conductas de este precepto, las cuales vendrán indicadas conforme al bien jurídico al que afecten.

Así, en cuanto a los delitos contra la vida y la integridad física y moral, no resulta difícil afirmar que se requiere dicha capacitación. Atendiendo a los, por desgracia, muchos atentados perpetrados por el terrorismo yihadista (me refiero tanto a AL-QAEDA como a DAESH) es posible apreciar que no se está ante simples conductas de “homicidios indiscriminados”. Estos grupos terroristas, más que causar muertes, buscan aterrorizar a la población por medio de sus acciones. No resulta pues, sencillo atemorizar a una parte

⁹⁴⁸ *Ibidem*.

⁹⁴⁹ CASTELLÍ MONSERRAT, C., “Título XXII. Delitos contra...”, Op. Cit., p. 1733.

de la población, por muy pequeña que esta sea, ya que cuando se ataca a un conjunto, se debe hacer atentando contra un objetivo común, un rasgo que este grupo comparta y que además tenga una importancia relevante. Los atentados de las torres gemelas, el ataque a los trenes de Atocha, el asesinato en masa en Bataclán o el atropello masivo en ciudades como Niza o Barcelona pueden servir como ejemplos. Cada ataque lo realizan cargado de simbolismo, lo que se puede observar comparando cualquier ataque de los mencionados previamente con ataques perpetrados por supremacistas, como es el caso del ataque a la mezquita en marzo de 2019⁹⁵⁰ o el atentado del 22 de junio de 2011 en Noruega contra jóvenes que participando en un campamento juvenil del Partido Laborista Noruego⁹⁵¹.

En el caso de los atentados yihadistas, las ejecuciones se desarrollaron en modo particular, mostrando en todo momento un símbolo que identificase la organización terrorista determinada, siguiendo además un patrón aprendido bien a través de Internet⁹⁵² o bien por las enseñanzas de miembros del grupo terrorista.

Se puede concluir que, en efecto, este tipo de delito de terrorismo requiere de una previa preparación, pero no una simple, sino una preparación “técnica”, por así decirlo. En consecuencia entonces, esta conducta es compatible con el delito de autocapacitación del art. 575. 2 CP.

En lo que respecta a la libertad e indemnidad sexuales la vinculación con la capacitación resulta complicada. Hace falta mucha imaginación para hacer encajar un delito de esta índole con un fin terrorista y mucho más aún con una especial capacitación para ello. Difícilmente puede venirse a la mente un modo de comisión de este delito, ya que ni siquiera se contempla en el elenco de delitos facilitados por AL-QAEDA o DAESH en sus revistas. Al máximo podría llegar a darse una posible agresión o abuso sexual

⁹⁵⁰ Noticia “Al menos 49 muertos en un atentado supremacista contra dos mezquitas en Nueva Zelanda”, en *El País*, disponible en: https://elpais.com/internacional/2019/03/15/actualidad/1552616642_719105.html

⁹⁵¹ Noticia “El paralelismo entre el atentado de Nueva Zelanda y la masacre de Utoya”, en *El Mundo*, en: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/03/15/5c8bb375fc6c83457f8b45b0.html>

⁹⁵² Los objetivos tampoco son casuales, sino que la organización terrorista señala una serie de escenarios como los predilectos para llevar a cabo sus ataques y, así, causar más conmoción. Es el caso del atentado de Berlín, en el que se produjo un atropello masivo con un camión negro (color de la bandera de DAESH) contra un mercado navideño durante una de las fiestas más representativas de la religión católica.

contra un icono occidental o cristiano con el fin de causar un sentimiento de repulsión entre la sociedad, tal como la violación de niñas no musulmanas tal y como sucedió con el pueblo yazidí⁹⁵³. No obstante, resulta extraño que pudiera suceder en suelo europeo.

Esta parece una prueba irrefutable que el legislador no se ha parado a pensar en la eventual probabilidad, o incluso posibilidad, de que un delito tan “genuino” se pueda llegar a cometer. Todo parece apuntar que tan solo se limitó a seleccionar los bienes jurídicos de “más importancia” y los introdujo en el abanico del terrorismo, al coincidir la gravedad de estas conductas, abriendo un abanico de posibilidades absurdo e ilógico.

El art. 573 CP también recoge como conducta reprochable aquellos delitos contra el patrimonio. En este caso en particular sí parece razonable su inclusión. Normalmente, las organizaciones terroristas han venido utilizando los explosivos como recurso para la perpetración de sus ataques. De este modo, y aunque el patrimonio no sea el principal objetivo de los atentados en los que usan explosivos, sí es cierto que el patrimonio sufre daños colaterales, siendo un ejemplo de esto la estación de trenes de Atocha, en Madrid. Aunque, evidentemente se puede barajar la posibilidad de que igualmente la organización terrorista desee atacar edificios históricos o lugares de especial interés para la identidad de un pueblo, en realidad no es lo más común. De hecho, aun no se ha perpetrado un solo ataque cuyo fin principal fuese este, pues la meta fundamental de grupos terroristas como DAESH consiste en la producción del mayor número de víctimas para amedrentar a la población.

Así pues, cabe decir que, en efecto, esta conducta se puede encuadrar perfectamente como susceptible de la llamada “capacitación”⁹⁵⁴.

⁹⁵³ Noticia “UN human rights panel concludes ISIL is committing genocide against Yazidis”, en *UN news* (última visita: 03/06/2019): <https://news.un.org/en/story/2016/06/532312-un-human-rights-panel-concludes-isil-committing-genocide-against-yazidis>

⁹⁵⁴ Normalmente, para causar el mayor número de víctimas, las organizaciones terroristas suelen elegir pilares estructurales de los edificios donde colocan el explosivo, haciendo que colapsen y pueda producir el mayor número de víctimas posibles y, por ende, aterrorizar a la población. Un ejemplo de esto sería el ataque del 11S, donde no solo se provocó más de 2000 víctimas mortales, sino que además se destruyó un elemento arquitectónico del corazón de Nueva York.

En cuanto a los bienes jurídicos “recursos naturales”, “medio ambiente”, la “salud pública”, de “riesgo catastrófico” e “incendio”, el legislador español tiene en mente posibles ataques químicos o contra plantas nucleares y presas hidráulicas. No resulta descabellado pensar en un escenario en el que una organización terrorista perpetre un ataque contra una central nuclear⁹⁵⁵, lo cual, además de daños contra las personas podría conllevar asimismo un perjuicio difícil de reparar en el medio ambiente⁹⁵⁶. Por suerte, y hasta la fecha, no se ha producido ningún intento de atentado terrorista contra una central nuclear o contra el medio ambiente, al menos no de forma expresa.

Sin embargo, sí que ha habido tentativa de ataques contra la salud pública. No son pocas las amenazas de DAESH para que se envenenen alimentos o depuradoras de agua que otorgan suministro a una población. De hecho, podemos traer a colación el caso de la SAN 6/2012, de 12 de julio (TOL3.891.42; PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA) (FJ1), por el que, mediante el chat en un foro virtual un individuo consiguió la fórmula del ántrax, el cual pretendía verter en el depósito de agua que abastecía a un grupo residencial⁹⁵⁷.

De esta manera, se deduce que, en efecto, resulta imprescindible una capacitación para llevar a cabo un ataque de tal magnitud, no solamente por la logística que requiere, sino además por la obtención de los materiales necesarios y la estrategia a seguir para la consecución. Entonces, sí existe compatibilidad con el delito del art. 575.2 CP.

⁹⁵⁵ Fue una posibilidad discutida por la doctrina, la cual, posteriormente a los ataques del 11S se generó la preocupación de que se pudieran secuestrar aviones con el objetivo de estrellarlos en campos de fútbol o centrales nucleares, creando así unos daños colaterales de gran magnitud. *Vid.*, SÁNCHEZ DAFAUCE, M., “El abatimiento de un avión secuestrado”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2014, pp. 23 y ss.

⁹⁵⁶ Tan solo se debe reparar en las consecuencias catastróficas que desencadenó la explosión del reactor en Chernobil o la central nuclear de Fukuyima. De acuerdo con un estudio llevado a cabo por la ONU, un total de 2.200 personas morirán a causa de la exposición a la radiación (entre las que se incluyen las 4000 personas que murieron en el periodo más próximo al desastre), causó alrededor de 4000 casos de cáncer de tiroides, además de provocar altos niveles de radiación hasta a 30 km. *Vid.* “Chernóbil: la verdadera escala del accidente”, en *Centro de prensa de Naciones Unidas*, en (última visita: 03/06/2019): <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr38/es/>

⁹⁵⁷ SAN 6/2012, de 12 de julio (TOL3.891.42; PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA): “También en el registro de actividad del foro “Al Shumukh Al Islam” existen otros post firmados por “Farsante”, relativos a conversaciones con otros usuarios que interpretan como una amenaza concreta de envenenamiento de aguas de un camping o complejo hotelero. Existe una solicitud a especialistas de fórmulas de venenos, y aparece la fotografía de la trampilla de un depósito de agua. Le facilitan links con información y solicita mas fórmulas, que sean mas sencillas y recibe la información de la botulina”.

El término “falsedad documental con fines terroristas” resulta, cuanto menos, extraño. No es que se pretenda causar terror o desestabilizar el funcionamiento de una organización terrorista mediante la falsificación de documentos, sino que en realidad se constituye como un acto previo a la comisión de un delito de terrorismo. Es decir, se trataría de un delito medial, para posteriormente cometer el delito en sí. De hecho, fue así como se llevaron a cabo los ataques contra las torres gemelas en EEUU; o la introducción de “terroristas” en territorio europeo por medio de la falsificación de documentos de identidad o pasaportes. Sin embargo, resulta complicado imaginar un escenario más remoto que el que este presenta. En este caso, el sujeto se estaría capacitando⁹⁵⁸ para falsificar documentos necesarios (o no) para posteriormente cometer un delito de terrorismo. Quizás por medio de un ejemplo sea más claro. “A” visita webs con el fin de capacitarse para falsificar su pasaporte para trasladarse a Siria. De esta manera se estaría dando un concurso real entre las conductas del art. 575.2 CP, 573 CP y, finalmente con el art. 575.3 CP. Todas estas conductas, al menos las dos primeras, están muy lejos de la posibilidad de la puesta en peligro del bien jurídico, ni hablar pues, de la lesión efectiva del bien jurídico.

Es evidente que el sujeto necesita capacitarse, aprender o formarse, para falsificar un documento, pero asimismo no se puede olvidar la necesidad de castigar conductas tan alejadas de la lesión del bien jurídico. Una conducta tan remota podría llegar incluso a castigar conductas neutrales, difuminando cada vez más el límite del *ius puniendi* del Estado. Se podría afirmar que esta conducta en particular resulta compatible con el delito de autocapacitación, sin duda alguna, derivada esta del requerimiento de una serie de conocimientos. Sin embargo, esto no quiere decir que esté de acuerdo con su tipificación.

Los “delitos contra la Corona” en realidad se pueden asimilar a los delitos contra la vida, la integridad física y moral, así como a los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales anteriormente explicados. No obstante, necesariamente y con respeto al principio de legalidad se deben incluir expresamente en este elenco. Por lo tanto, también resulta susceptible de capacitación, de hecho, quizás de mayor formación de acuerdo con las especiales circunstancias y medidas de seguridad que rodean a la Corona.

⁹⁵⁸ La capacitación para la falsificación de documentos es aquí esencial, ya que se precisa de un conocimiento técnico muy profundo para llevarlo a cabo.

Especialmente curioso es el delito de “atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”. Ya el legislador incorporó en el art. 574 dicha conducta, a la que además se le suma la fabricación de estas. No obstante, se deberá atender a que, en realidad, aquella norma que se debe aplicar será la contenida en el art. 574.1 CP por constituirse esta como “*lex specialis*”⁹⁵⁹. Pero, dejando esto a un lado, dichas conductas deberán ser susceptibles de aprendizaje o, dicho de otro modo, de capacitación, pues el cuidado de armas y explosivos, así como su conservación y depósito se deben realizar de un determinado modo, ya que, de lo contrario, se podría llegar a dañarlos o se corre el peligro de explosión.

Se puede concluir, por lo tanto, que, al requerirse una capacitación, la presente conducta y el delito de autocalapacitación del art. 575.2 CP sí resultan compatibles.

Para finalizar con el art. 573.1 CP, el legislador incluye en el elenco el “apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancía”. Teniendo en cuenta la gran dificultad que entraña, ya no solo acceder a la comandos de dichas máquinas, sino el conocimiento para hacerlas funcionar, efectivamente deberán concurrir unos conocimientos avanzados y específicos, por lo que sí se requiere capacitación. Así pues, esta conducta resulta compatible con el delito de autocalapacitación.

Pero no se detiene aquí el legislador español, ya que en el precepto 2 del mismo artículo especifica que “se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 *bis* y 197 *ter* y 264 a 264 *quater* cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior”. El legislador ha querido adelantarse a cualquier acontecimiento y, teniendo en cuenta los avances tecnológicos y que DAESH eminentemente se mueve en territorio occidental a través de la red virtual considera que, asimismo serán considerados delitos de terrorismo los delitos informáticos de los arts. 197 *bis*, 197 *ter* y del art. 264 al 264 *quater*.

De este modo, el legislador castiga el posible “intrusismo” en sistema informático, o la obtención de contraseñas o información, así como la destrucción o perjuicio de

⁹⁵⁹ GARCÍA ALBERO, R., “Libro II...”, Op. Cit., p. 1905.

cualquier sistema informático sin que se tenga el correspondiente consentimiento para ello. Es evidente, que en la actualidad la red informática juega un papel relevante en el actual panorama estratégico, llegándose ya a hablar incluso del quinto dominio de “guerra”⁹⁶⁰. No se entrará aquí a profundizar en las conductas tipificadas en dicho articulado, pues resulta claro que, para cualquier actividad relacionada con la informática se precisan, fundamentalmente, conocimientos amplios sobre su funcionamiento. Así, no cualquiera, aunque maneje sistemas virtuales o nuevas tecnologías será capaz de, por ejemplo, introducirse de forma remota en un sistema informático ajeno. Para ello, previamente deberá haberse formado al respecto, en conocimientos informáticos, no llegando a hablar ya del determinado *modus operandi* del que se deben empapar para poder ajustarse a los métodos y procedimientos de estas organizaciones terroristas que usan tanto la simbología. De este modo pues, sí resulta compatible la capacitación que se exige en el art. 575.2 CP.

Podría parecer que el legislador se dio por satisfecho con la tipificación de tan amplio abanico de conductas, pero nada más lejos de la realidad. De hecho, en el último precepto del art. 573 se ha incluido una cláusula residual que salva cualquier otra posible comisión de un delito de terrorismo. Y es que el art. 573.3 CP afirma que, se considerará delito de terrorismo los que se encuentren tipificados en “este Capítulo”. De esta manera, se amplía el espectro, pudiendo ser considerado delito de terrorismo todas aquellas conductas localizadas en el Capítulo VII.

Aspecto este algo extraño y, obviamente, innecesario, ya que de por sí se puede intuir que todos los delitos que se encuentren bajo la rúbrica del Capítulo VII, esto es, “de los delitos de terrorismo”, como no podría ser de otro modo, se considerarían delitos de terrorismo sin que el legislador tuviera que aclararlo. Inútil a su vez porque de hecho no es necesario que concurren las finalidades que el art. 573.1 CP recoge⁹⁶¹. Aun así, el legislador ha preferido dejar claro, por medio de una doble tipificación, que cualquier conducta tipificada desde el art. 574 al 578 CP se entenderá de naturaleza terrorista.

⁹⁶⁰ GIL, J.M., “La integración del ciberespacio en el ámbito militar”, en *Análisis GESI*, Análisis 35, 2017, en (última visita: 03/06/2019): <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/print/1065>

⁹⁶¹ El precepto determina que será necesaria la concurrencia de dichas finalidades en los expresado por el mismo tenor literal, pero nada se dice del resto, ya que, de acuerdo con el art. 573.3 CP serán considerados delitos de terrorismo todos las conductas tipificadas en el Capítulo VII, sin que se diga nada de que deban concurrir estas finalidades al momento de desarrollar dichas conductas. *Vid.* GARCÍA ALBERO, R. “Libro II...”, *Op. Cit.*, p. 1894.

b) Delito de tenencia, depósito, fabricación, tráfico y empleo de armas y de aparatos o sustancias explosivas o inflamables (art. 574 CP)

Una vez analizado el art. 573 CP se puede comprobar que el art. 574 CP en realidad tipifica conductas que coinciden con las recogidas por el art. 573.1 CP. Este conflicto se resuelve mediante la aplicación de este último, es decir, del art. 574 CP, ya que se trata de una “*lex specialis*”⁹⁶² en cuanto a las conductas comunes, sin embargo, añade la tipificación de la conducta de fabricación de armas y la colocación y tráfico de las mismas, no quedándose en la mera tenencia o depósito de estas sustancias. Como ya se dijo anteriormente, entonces, será necesaria la previa formación u obtención de ciertos conocimientos para su conservación, fabricación e incluso manipulación. Por lo tanto, también aquí se puede confirmar la compatibilidad con el art. 575.2 CP.

c) Delitos de captación, adoctrinamiento, autoadoctrinamiento y traslado a territorio extranjero bajo control de un grupo u organización terrorista (art. 575 CP)

Avanzando en el elenco de conductas consideradas como delitos de terrorismo aparece a continuación el art. 575 CP, la que ha sido la verdadera novedad de la reforma de 2015. En este artículo, se recogen conductas muy distintas bajo su articulado, dando lugar a una situación particular y algo polémica: comparte la misma pena, esto es de dos a cinco años de prisión. Las conductas que se encuentran son, pues: el delito de adiestramiento pasivo (art. 575.1 CP), el delito de autocapcitación (art. 575.2 CP) y el delito de traslado a territorio extranjero controlado por una organización o grupo terrorista (art. 575.3 CP). Debido a que el apartado 2^a es el objeto de estudio de esta tesis resultaría absurdo determinar una supuesta compatibilidad consigo mismo, por lo que, en su lugar, se estudiarán los otros dos preceptos, esto es, el delito de adiestramiento pasivo (art. 575.1 CP) y el delito de traslado a territorio extranjero controlado por una organización o grupo terrorista (art. 575.3 CP).

⁹⁶² *Ibidem*, p. 1905.

Antes de proceder al estudio de cada conducta en concreto se señalará el elemento en común que poseen dichas conductas y que, además, ha sido objeto de controversia entre la doctrina. Dichas conductas se sitúan en estratos anteriores a la fase ejecutiva del delito, adelantando la barrera de punibilidad de la conducta castigando, en muchas ocasiones, tal y como se ha visto, “una actividad ideológica tendente a la radicalización de personas”⁹⁶³ que aún no han llegado a comenzar ningún tipo de acción encaminada a la comisión del delito⁹⁶⁴. Pero no solo con la conducta se podrá dar la comisión del delito, sino que además esta conducta debe ir condicionada a la posterior comisión de delitos de terrorismo, tal y como se está estudiando actualmente en este Capítulo.

Dejando esto a un lado, se procede pues a comprobar su compatibilidad con la primera de las finalidades subjetivas del delito de autotercerización.

La primera de las conductas reguladas en el art. 575 CP es la llamada adiestramiento pasivo por medio de terceros. Básicamente coincide con la conducta del art. 575.2 CP, solo que esta vez en lugar de llevar a cabo la capacitación de forma autónoma de esta se ocupa un tercero. Por adiestramiento se entenderá, de acuerdo con la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre, “impartir instrucciones sobre la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre otros métodos o técnicas específicos”^{965/966}.

Para CUERDA ARNAU / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, la conducta de adiestramiento consistirá en “recibir enseñanzas o instrucciones que haga diestro a alguien en alguna materia”⁹⁶⁷, y que, en el caso concreto del art. 575.1 CP “se está

⁹⁶³ AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L, *Terrorismo en el Siglo XXI...*, Op. Cit., p. 119.

⁹⁶⁴ Gran relevancia tiene aquí el principio de proporcionalidad de las penas pues, aunque se trate de conductas que poco tienen en común las unas con las otras (tanto por su naturaleza como por su ubicación en el *iter criminis* y, por lo tanto, en la afectación al bien jurídico) la pena que el legislador ha determinado para todas ellas será la misma: de dos a cinco años de prisión. Además, resulta exacerbada la pena de dos a cinco años de prisión para dichas conductas, que en realidad podrían llegar a equipararse con un acto preparatorio punible.

⁹⁶⁵ Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, art. 3, en (última visita: 03/06/2019): <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0919&from=en>

⁹⁶⁶ En cierto modo, esta sería una definición muy próxima a lo que se entendería por el término capacitación, llegando incluso a afirmarse que se trata de sinónimos.

⁹⁶⁷ CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y...*, Op. Cit., p. 207.

castigando el mero hecho de recibir formación de un tercero (o proporcionársela por sí mismo) para ser capaz de (sin que sea necesario que se logre) llevar a cabo acciones militares o de combate, o: de desarrollar, elaborar o preparar las clases de armas referidas o; finalmente, de facilitar la comisión de cualquiera de los delitos de terrorismo tipificados en el Capítulos VII del Título XXII del Libro II del CP”⁹⁶⁸.

Otro aspecto llamativo de esta conducta resulta su sujeto “activo”, ya que se castiga al individuo que recibe el adiestramiento, no al que lo proporciona, castigada esta conducta en el art. 577.1 CP. Por esta razón, por la que el aprendizaje no depende de uno mismo sino de un tercero, se debe descartar la idea de que se pueda uno capacitar para ser capacitado. No existe compatibilidad con el art. 575.2 CP así pues.

En cuanto a la última de las conductas que se recoge en el art. 575 CP, es decir, el traslado a un territorio extranjero controlado por una organización terrorista no parece que tampoco exista una posibilidad de compatibilidad con un proceso de capacitación, al menos de capacitación autónoma. Por un lado, el sujeto deberá buscar información sobre cómo llegar a dicho territorio para unirse a la organización terrorista⁹⁶⁹. Si analizamos el contexto de la conducta, el sujeto podrá obtener la información de dos fuentes: de Internet por sí mismo, o mediante un tercero. En la primera de las posibilidades, el sujeto deberá informarse sobre cómo llegar a territorio dominado por la organización terrorista determinada. Aunque informarse requiera una actividad intelectual no se puede llegar a equiparar con el proceso de capacitación, con el aprendizaje. La consulta pues, no se corresponde con un proceso de formación como es el de la capacitación, ya que, insisto,

⁹⁶⁸ *Ibidem*.

⁹⁶⁹ Recordemos que la estrategia principal de DAESH, al menos hace unos años consistía en hacer un llamamiento a los musulmanes a hacer la Yihad y unirse a sus filas para iniciar la conquista de territorio y expandir su hegemonía. Sin embargo, y como ya se ha explicado en el Capítulo I, con la pérdida de territorio y la dificultad añadida de la presión internacional la cúpula central de DAESH decidió cambiar de estrategia, animando a sus “lobos” a realizar la Yihad allí donde se encontraran, llevando a cabo cuantos ataques al “infidel” que fueran necesarios. Mientras que en el tercer número de la revista Dabiq, el grupo terrorista DAESH anima a sus “hermanos” a trasladarse a territorio controlado por ellos (Siria e Irak) para contribuir con las campañas militares en post del califato universal; ya en los números 1-3 de la revista Rumiyah, exhorta a los seguidores de DAESH a atacar allá donde se encuentren contra los infieles, especialmente contra mujeres y niños. *Vid.* “La llamada a la Hégira”, en *Revista Dabiq*, n. 3, de 10 de septiembre de 2014 / “Edición 1: Dhu al-Hijjah”, en *Revista Rumiyah*, septiembre de 2016; “Edición 2: Muharram”, en *Revista Rumiyah*, octubre de 2016; “Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiyah*, noviembre de 2016.

cuando se habla de capacitación se refiere en realidad a la obtención de un conocimiento en sentido técnico y no a un simple conocimiento.

Por otro lado, el sujeto puede consultar a un tercero la ruta a seguir hasta el territorio dominado por la organización terrorista. Imaginando que la acción de “informarse” pudiera eventualmente incluirse en el concepto de “capacitación”, si el sujeto lo realiza mediante un tercero, ya no se cumpliría con el elemento “autónomamente” que exige el precepto. Ante estas evidencias pues, no es necesaria la capacitación para llevar a término la conducta de autocapacitación del art. 575.2 CP.

d) Delito de financiación del terrorismo (art. 576 CP)

Fruto de la normativa europea, el legislador incluye en el Código Penal una nueva figura delictiva de naturaleza terrorista: la financiación del terrorismo. Las organizaciones terroristas dependen básicamente de los ingresos que obtienen, ya sea por medios legales como ilegales. Sin la financiación, estas organizaciones no disfrutarían de una gran esperanza de vida. Así, consciente de esta realidad y que se trata del verdadero “talón de Aquiles” de las organizaciones ilícitas, se ha incluido dicha conducta entre el elenco de delitos terroristas. Como es natural, y atendiendo al gran control actual que se realiza de este aspecto es lógico que los métodos de financiación no sean los convencionales y, en muchas ocasiones incluso se deberá recurrir a métodos informáticos en los que se precisaría además del uso de la “Dark Web”⁹⁷⁰. De hecho, la preocupación del legislador resulta tan grave que, no será necesario que la financiación se ponga a disposición, ya que para su consumación no es necesario que los bienes lleguen a financiar a estas organizaciones o grupos terroristas o a alguna de sus actividades, por lo que se puede decir que estamos ante un acto preparatorio punible⁹⁷¹.

Cabe destacar aquí que, el delito de financiación del terrorismo (art. 576 CP), constituye uno de los pocos delitos de terrorismo que acepta la modalidad imprudente. Así también sucede con la regulación del delito de blanqueamiento de capitales y que,

⁹⁷⁰ CARLINI, A., “ISIS: Una nueva amenaza en la era digital”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, diciembre de 2015, p. 4. / WEIMANN, G., “www.terror.net How modern Terrorism uses the Internet”, en *Special Report of United States Institute of Peace*, n. 116, 2004, p. 7.

⁹⁷¹ NAVARRO CARDOSO, F., “Los tipos dolosos...”, Op. Cit., p. 10.

como bien advierte FERRÉ OLIVÉ, “estamos ante una explicación plenamente rechazable, pues entraña una solución de política criminal ajena a nuestros más elementales principios garantistas, que no permiten generar nuevos delitos para evitar la carga probatoria de otros. Es una solución pragmática que entra en directa contradicción con principios básicos como el de intervención mínima y el de proporcionalidad. Estos razonamientos pueden trasladarse plenamente a la modalidad culposa de financiación del terrorismo”⁹⁷². Una vez más, el legislador ha optado por el pragmatismo al percatarse la dificultad de prueba del elemento subjetivo.

Pero, volviendo al hilo central de este estudio, no hay que olvidar que la financiación de estos grupos terroristas, se lleva a cabo, en la mayoría de las ocasiones, por vías de hecho, que incluso exige conocer y aprender a manejar un determinado sistema (Deep Web, Bitcoins, empresas pantalla, entre otras opciones), sí se requiere un proceso de aprendizaje o de formación, por lo que sí se considera compatible con el delito de autocapacitación del art. 575.2 CP.

Ahora bien, solo se tendrá aquí en cuenta el tipo doloso, ya que, desde 2015, se comienza a tipificar la financiación terrorista por imprudencia grave.

e) Delito de colaboración con grupo u organización terrorista (art. 577 CP)

El propio precepto del art. 575.2 CP incluye en su literalidad la “colaboración” como una de las finalidades de la capacitación. El art. 577 CP, aunque es conocido como “delito de colaboración con organización o grupo terrorista”, resulta que en realidad recoge un elenco de conductas heterogéneas que casi no guardan relación entre sí.

En el primero de los preceptos del artículo se recoge la “colaboración” *stricto sensu*, es decir, y tal y como destaca su literalidad “la información o vigilancia de personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos, y cualquier otra forma equivalente de cooperación o ayuda a las

⁹⁷² FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo II. Instrumentos internacionales ...”, Op. Cit, p. 76.

actividades de las organizaciones o grupos terroristas, grupos o personas a que se refiere el párrafo anterior”.

Parece complicado pensar que la mera actividad de “información o vigilancia” requiera algún tipo de formación para llevarse a cabo, lo que no ocurre, sin embargo, con las actividades de “la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas, la organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas y la prestación de servicios tecnológicos”. Este último bloque de conductas sí merece un proceso de aprendizaje, pues la construcción de alojamientos o depósitos o la organización de prácticas de entrenamiento, por poner los dos ejemplos más claros, siguen un patrón determinado que requiere unos conocimientos previos para la culminación de la obra. De esta manera se puede determinar que, mientras que el primer bloque de conductas del art. 577.1 CP no se manifiesta como compatible con la capacitación exigida por el delito de autocapacitación, el segundo bloque de conductas sí lo demanda al precisar de este “aprendizaje”.

Pasando ya al segundo de los preceptos del art. 577 CP, se puede observar que guarda una gran similitud con las conductas recogidas en los apartados 1 y 2 del art. 575 CP. Y es que, si en las conductas del art. 575 CP se castigaba al elemento “pasivo” de la capacitación, esta vez el objetivo es otro: aquel que capacita o instruye. Se completa así el círculo de la capacitación, ya que ambos extremos de la relación resultan castigados. A esta conducta cabe reprochar, no obstante, que el legislador ha querido otorgar un papel más relevante al que recibe la instrucción, cuando, más lógicamente el que verdaderamente está dando lugar a una situación de peligro es el que aporta unos conocimientos nocivos para la seguridad⁹⁷³. Pero no solamente acaba aquí, pues en realidad el verdadero hecho ilógico se localiza en la pena que a cada conducta pertenece:

⁹⁷³ La estrategia que sigue aquí el legislador coincide con la que se sigue en el delito de posesión de pornografía infantil del art. 189 CP, por el que se castiga al consumidor además del creador y transmisor. Como ya se advirtió en el Capítulo IV, el legislador recurre con cada vez más frecuencia al castigo de la adquisición de un cierto material que considera como peligroso para algún bien jurídico. De este modo, y haciendo un paralelismo con el delito de posesión de pornografía infantil, el castigo de la elaboración parece coherente y lógica, ya que el bien jurídico se está viendo lesionado. Sin embargo, no ocurre lo mismo con la posesión, ya que no se está hablando aquí de consumo, sino de mera posesión. La hipótesis que igualmente sostuve en el Capítulo IV, la apoyo en este caso concreto: se trata de una estrategia político-criminal para facilitar la prueba, o lo que es lo mismo, el legislador opta por inclinar la balanza hacia el favorecimiento de la investigación policial y no hacia las garantías político-criminales.

de dos a cinco años de prisión para el adoctrinamiento pasivo (art. 575.1 CP) frente a la pena de prisión de uno a tres años. Es decir, recibir capacitación o simplemente consultar vía web contenidos de naturaleza terrorista resulta, para el legislador al menos, más grave. No existe una razón sensata para que se haya dado esta realidad, al menos no desde el punto de vista del principio de lesividad. Mientras que el “aprendiz” aún debe, además de aprender, poner en práctica estos conocimientos, por su parte el “instructor” ya conoce dichos procesos, técnicas y métodos, con lo que el riesgo que representa este segundo es más real y grave que el del aprendiz.

No obstante, y volviendo al núcleo central de este estudio, el precepto 2 del art. 577 CP es perfectamente compatible con la capacitación exigida en el art. 575.2 CP.

f) Delitos de apología y enaltecimiento del terrorismo y delito de humillación a las víctimas del terrorismo (art. 578 CP)

Dejando ya a un lado el delito de colaboración con organización o grupo terrorista, cabe vislumbrar si el art. 578 CP es compatible con la “capacitación” que merece el art. 575.2 CP. El art. 578 CP regula el delito de enaltecimiento terrorista, así como también el delito de humillación de las víctimas del terrorismo. Dichos delitos se caracterizan por ser “delitos de opinión”, los cuales resultan polémicos al estar en una parcela cercana al derecho de libertad de expresión. Se trata de conductas que nacen de la esfera más personal del sujeto, de su propia cosmovisión, de la expresión de su opinión, de la forma en la que ve el mundo, por lo que se podría calificar como una conducta intuitiva, *ergo*, no aprendida. No se puede llegar a aprender una opinión, o se tiene o no se tiene. Por esta razón, resulta especialmente complejo hacer encajar en este patrón mental un proceso de aprendizaje, de formación técnica, pues, como ya se ha dicho, la opinión se expresa derivada de factores personales e íntimamente privados. De este modo, esta conducta, tanto el enaltecimiento de terroristas o actos terroristas como la humillación de las víctimas del terrorismo carecen de cobertura para corresponderse con la capacitación exigida en el tipo subjetivo del delito de autocapacitación del art. 575.2 CP.

g) Delito de provocación para la comisión de delitos de terrorismo (art. 579 CP)

Lo mismo ocurre con las conductas reguladas en el art. 579 CP. Esto es, el delito de difusión de consignas para incitar a la comisión de delitos de terrorismo. Estas manifestaciones verbales no se equiparen con una actividad mecánica, metódica o manual, sino que es la expresión misma de unas ideas, de un sentimiento que expresa a una comunidad con el fin de que se realice otro comportamiento.

En conclusión, se puede llegar a decir que no todas las conductas son susceptibles de ser precedidas de ese proceso de formación, dudando incluso de que el legislador haya pensado que la “autocapacitación” se pueda predicar en todos y cada uno de los delitos de terrorismo del Capítulo VII. Bajo mi punto de vista, el legislador tenía en mente aquellas acciones terroristas más graves, los atentados terroristas que protagonizan los llamados “lobos solitarios” que tanto asustan a la población. De este modo, solo aquellas conductas que se han visto aquí como susceptibles de esta capacitación se interpretarán dentro del (amplio) espectro de esta conducta típica. La razón pues, que el legislador parecería tener para aplicar esta cláusula abierta funciona en clave de no dejar sin abarcar ninguna conducta, por muy inverosímil que esta parezca. El legislador español no quiere dejar ningún cabo suelto, asegurándose de que todas las conductas posibles que un “terrorista autónomo” puedan llevar a cabo por medio del aprendizaje autónomo. De esta manera, se lleva a cabo una redacción absurda e ilógica, llegando a tipificar, como ya se ha dicho en más de una ocasión, conductas neutrales que poco tienen que ver con un comportamiento realmente nocivo o peligroso para el bien jurídico, más aún si hablamos de delitos de terrorismo y su intrínseco carácter peligroso.

V. EL ERROR DE TIPO EN EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CP)

1. Introducción. El error de tipo en el Ordenamiento Jurídico español

De acuerdo con GARCÍA RIVAS “Error significa “concepto equivocado o juicio falso” (RAE), es decir, el sujeto tiene un conocimiento deformado de la realidad o del significado jurídico de dicha realidad. Una cosa es lo que en su mente aparece como cierto y otra cosa distinta lo que es auténticamente”⁹⁷⁴.

De este modo, se entenderá por error cuando el sujeto, desarrollando su comportamiento, incurra en una conducta delictiva faltando, efectivamente, alguno de los elementos del tipo, o como apunta FERRÉ OLIVÉ, cuando se hace referencia al “conocimiento equivocado o desconocimiento de una característica esencial del tipo penal”⁹⁷⁵.

Como apunta GARCÍA RIVAS “para la calificación de un hecho como doloso se requiere la comprobación de que el autor conoció y quiso la realización de la parte objetiva del tipo”⁹⁷⁶, por lo que, en este caso en particular, se deberá prestar atención a que el sujeto “actúa sin conocer los elementos objetivos del tipo y creyendo, por tanto, que las consecuencias de su acción son muy distintas a las que en realidad tienen lugar y suponen, efectivamente, la realización de los elementos objetivos del tipo”⁹⁷⁷.

Ahora bien, se pueden distinguir dos modalidades en el error de tipo: error vencible y error invencible. En el caso del error vencible, se entenderá que la persona podría haberse percatado del error, evitando así la comisión de este delito; mientras que, en el caso del error invencible, no existía la posibilidad de que el sujeto pudiera conocer estar cayendo en esa determinada equivocación. Con el fin de determinar un patrón, la

⁹⁷⁴ GARCÍA RIVAS, N., “Lección 20: El error en la teoría del delito”, en DEMETRIO CRESPO, E / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, p. 294.

⁹⁷⁵ FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Tema 3. El tipo doloso de acción. El error de tipo”, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (Dir.) / BUSTOS RUBIO, M., (Coord.), *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017., p. 50.

⁹⁷⁶ GARCÍA RIVAS, N., “Lección 20...”, Op. Cit., p. 294.

⁹⁷⁷ *Ibidem*.

doctrina entiende que el punto de referencia lo constituirá el criterio de un “hombre medio ideal”, esto es, una persona normal⁹⁷⁸. Empero, además se tendrá que interpretar este criterio junto con los conocimientos del sujeto en concreto, así como la profesión que desempeña y las circunstancias personales del mismo⁹⁷⁹.

La identificación de una u otra categoría resulta de gran importancia, pues, si se acredita que fue vencible, el art. 14.1 CP establece que la infracción será castigada, en todo caso, por un delito imprudente⁹⁸⁰, mientras que en el caso de que el sujeto no tuviera la posibilidad de percatarse de esta circunstancia, se excluiría la responsabilidad criminal. El Ordenamiento Jurídico, por ende, lo que exige al individuo es más diligencia a la hora de actuar⁹⁸¹.

Debido a las dificultades que implica la interpretación del delito de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP, a causa, a su vez, de su ambigua, amplia y abstracta redacción, no resulta descabellado que se pudiera dar un caso de error de tipo en dicha conducta. Por esta razón, se analizará a continuación en qué elementos podría recaer este tipo de error y si se pudiese calificar, en cada caso concreto, de error vencible o invencible y las repercusiones que esto acarrearía a la hora de determinar la responsabilidad penal de dicha conducta.

⁹⁷⁸ De acuerdo con LUZÓN PEÑA, este hombre medio ideal deberá ser colocado en la situación del autor con los conocimientos de este y, si este hubiese obrado igualmente, sin posibilidad de haber evitado incurrir en el mismo error o similar, se hablaría de error de tipo invencible. *Vid.* LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 250.

Sin embargo, muy acertadamente critica este criterio QUINTERO OLIVARES. Según este autor, “La crítica que enseguida aflora es la que, en general, se repite cada vez que el Derecho Penal acude a comparar al hombre concreto que cometió un delito con un «hombre medio ideal» sin que sepamos bien quién es en realidad ese hombre de referencia, pues, admitirlo implicaría que «todos», por distintos que seamos entre nosotros, estamos de acuerdo en un conjunto medio de virtudes, de capacidades, de conocimientos, etc.. Es evidente que ese arquetipo sociológico resulta bastante ficticio - volvemos otra vez al uso de las ficciones por el Derecho- pero se invocan como expresión de sentimiento de la mayoría, del mismo modo que el derecho privado establecía como criterio de prudencia o de administración el de un bien padre de familia». *Vid.* QUINTERO OLIVARES, E., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000, p. 434.

Sin embargo, y como también lamenta dicho autor, se trata de la mejor solución que se ha podido encontrar hasta la fecha para lograr hacerse una idea de cómo se deberá identificar la vencibilidad.

⁹⁷⁹ QUINTERO OLIVARES, E., *Manual de Derecho Penal. ...*, Op. Cit., p. 435.

⁹⁸⁰ Hay que tener en cuenta de que, en el caso en el que el delito careciera de modalidad imprudente, la conducta quedaría exenta de responsabilidad criminal.

⁹⁸¹ GARCÍA RIVAS, N., “Lección 20...”, Op. Cit., p. 295.

2. ¿Cabe el error de tipo en el delito de autocapacitación terrorista? Estudio de su contenido y sus posibles consecuencias

Ya se adelantó que el error recae en los elementos del tipo objetivo, compuesto principalmente de la conducta típica y del objeto del delito. En el caso concreto que nos concierne, es decir, en el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP), cabría discutir si cabría el error de tipo en las dos modalidades de la conducta (acceso habitual, por un lado; y, posesión, por otro) y, además, en el contenido de naturaleza terrorista que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

2.1. Error en la conducta típica: el acceso habitual y la posesión

A) El acceso habitual

Ya se expuso en el Capítulo IV la gran dificultad que suponía la conducta de “acceso” para una interpretación acorde con un Derecho Penal Garantista. No se repiten aquí cómo esta conducta infringe el principio de lesividad y el de exclusiva protección de bienes jurídicos, adelantando la barrera de punibilidad a estadios más próximos a la fase interna que a la fase ejecutoria del *iter criminis*. No obstante, sí que se apuntará la gran complejidad que supuso llegar a entender en qué consistía dicha modalidad.

Surgen, debido a la ambigüedad y al carácter abstracto de la conducta, diversas dudas con respecto a la comisión del delito. En primer lugar, la consumación del tipo, obedece a la “visita” virtual a “uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas”, esto es, ciertas páginas webs o aplicaciones que permitan el intercambio de información gracias a la conexión a Internet. En este caso, se apuntaba ya en el Capítulo IV, que no se especificaba cómo debía ser esta visita, ya que no es equiparable la visita fugaz que la consulta de este tipo de webs durante horas o días.

A esto hay que sumarle que la conducta de acceso necesariamente tendrá que ser “habitual”, ya dejándose claro en el Capítulo IV que equivaldría a un total de tres visitas

en un periodo no determinado de acuerdo con la doctrina del TS cuando se refiere a la habitualidad⁹⁸². Sin embargo, el tipo no especifica expresamente el número de veces que el sujeto deberá visitar este tipo de páginas, siendo imposible para el individuo conocer este dato.

De este modo, y en contraste ya con el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP), el sujeto no podría conocer que está incurriendo en esta conducta típica pues no tendría modo de conocer este dato. De hecho, de acuerdo con la doctrina del TS, el criterio que se usará para determinar si el error se puede calificar de vencible o invencible será el discernimiento de un hombre medio que, aplicado a este caso en concreto, sería prácticamente imposible que pudiera conocer esta circunstancia y, por ende, que estuviera cometiendo el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP). A este respecto, el error sería invencible.

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, en el caso en el que el delito no contase con la modalidad imprudente, el sujeto quedará exento de responsabilidad penal⁹⁸³. Por lo tanto, en este caso no se le aplicaría la consecuencia jurídica de entre dos y cinco años de prisión.

B) La posesión de contenido de naturaleza terrorista

Si con el acceso habitual se tiene el problema de la dificultad para entender en qué consiste concretamente la conducta, en la modalidad de posesión la situación no mejora.

La posesión de contenido de naturaleza terrorista, al igual que ocurre en el delito de posesión de pornografía infantil (art. 189.5 CP), consiste en la detentación del objeto del delito, eso sí, con la particularidad de que esta será de modo virtual. El sujeto, de este

⁹⁸² Así lo expone la STS 717/1997, de 20 de mayo (TOL408.445; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN): “como ha declarado la jurisprudencia de esta Sala la habitualidad exige, para poder ser estimada, la repetición de actos de la misma especie como hábito o costumbre (...) La habitualidad como se ha dicho, no es un concepto jurídicamente definido, como es, por ejemplo, la reincidencia, sino una cuestión de hecho, habiendo declarado la doctrina y la jurisprudencia que se necesitan, al menos tres actos de receptación, cuya constancia formal no es necesaria, a diferencia de lo que ocurre con la reincidencia, por lo que, como tal cuestión de hecho, es de apreciar por el Tribunal de instancia en atención a los elementos de prueba con los que se hubiese contado para formar convicción sobre su concurrencia”.

⁹⁸³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 279.

modo, deberá poseer en el disco duro o en la memoria de su dispositivo tecnológico este tipo de contenido, sin que se acepte la posesión mediata o el simple visionado⁹⁸⁴.

Sin embargo, y como ya ha ocurrido en distintos casos con el delito de posesión pornografía infantil (art. 189.5 CP), el sujeto podría estar descargando contenido terrorista sin siquiera tener conocimiento de ello y, consecuentemente, estar incurriendo en un delito de autocapacitación terrorista. En el momento en el que un individuo navega por la red, corre el riesgo de que al acceder a ciertas páginas webs, se descarguen automáticamente y de forma espontánea el contenido del que el sujeto no tiene conocimiento. Es, de este modo, como el individuo al acceder a este tipo de webs, se estaría descargando, y depositando en la memoria de su dispositivo tecnológico, contenido terrorista susceptible de ser calificado de objeto material del delito de autocapacitación terrorista.

Del mismo modo que ocurría anteriormente, el individuo, basándonos en un hombre medio, sin conocimientos avanzados en informática, no podría conocer este hecho, por lo que el error se calificaría de invencible y, por ende, quedaría exento de responsabilidad penal.

Ahora bien, para acreditar la posesión de este material previamente se debe determinar qué se entiende por el objeto material del delito, es decir, el contenido de naturaleza terrorista que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

2.2. Error en el objeto material del delito: el contenido de naturaleza terrorista que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”

El objeto del delito también puede resultar susceptible de ser afectado por el error. De hecho, no sería descabellado si así efectivamente sucediera con el objeto del delito de

⁹⁸⁴ Este caso constituiría la modalidad de acceso habitual anteriormente analizada.

autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP). Como se advirtió también en el Capítulo IV, la expresión usada por el legislado para describir el objeto de la conducta castigada en el art. 575.2 CP adolece de ser demasiado amplio y ambiguo. Precisamente se pudo comprobar cómo este afectaba al principio de taxatividad, haciendo especial incidencia en el mandato de certeza.

Y es que aun no queda claro a qué se hace alusión el legislador cuando se refiere a los contenidos de naturaleza terrorista que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. El uso de demasiados términos sin un significado concreto abre de un modo excesivo, asimismo, el abanico de la conducta típica. De este modo, no queda claro qué podría ser un contenido que fuera idóneo para incitar a la incorporación o colaboración con dicha organización o grupo terrorista, lo cual no solo depende de un elemento objetivo, ya que no todo el mundo se deja “seducir” del mismo modo por una determinada ideología. En otras palabras, no servirá el mismo método o contenido para convencer a un adolescente de 15 años que a una mujer de 45 años y con hijos, por ejemplo⁹⁸⁵.

Sin embargo, imaginando que pudiera subsistir una base común objetiva en cuanto a esta definición, aún sería demasiado complicado dotar de un contenido concreto y aplicable a la realidad que se corresponda con el precepto.

Es decir, contenido terrorista susceptible de incitar o a la colaboración con la incorporación organización o grupo terrorista bien podría ser un fotomontaje realizado por DAESH pero que se expone en la portada de un periódico virtual, al igual que el visionado de un vídeo en uno de los foros pertenecientes a la organización terrorista. El precepto, en efecto, no especifica que el contenido deba estar en una web perteneciente a la organización terrorista o no, por lo que cualquier sitio virtual en el que se encontrase un contenido de esta clase es susceptible de encuadrarse en esta categoría. De este modo, el sujeto, busca información sobre DAESH y cree que se encuentra en una web

⁹⁸⁵ De hecho, de acuerdo con los datos extraídos del informe realizado por el Real Instituto Elcano, es mayor el porcentaje de jóvenes que se radicalizan (51,1% en el caso de los varones entre los 15 y 19 años, y el 84,1% de las mujeres en la misma franja de edad) frente a aquellos radicalizados detenidos pasados los 30 años. *Vid.* REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico...*, Op. Cit., p. 23.

“inofensiva”, cuando en realidad está consultando la revista Dabiq o Rumiya de DAESH.

En el caso anterior que consiste en la modalidad del acceso habitual sucede lo mismo que con la modalidad de posesión. El sujeto podría estar descargando dicho video de portales comunes, como un periódico virtual oficial o de la plataforma YouTube, lo cual no le haría siquiera sospechar que la descarga y posterior posesión de dicho contenido en realidad podría incurrir en la comisión de un delito de autotercapacitación terrorista (art. 575.2 CP). En el caso en el que el sujeto fuera intervenido por las Fuerzas del Orden y encontrasen dicho material en su dispositivo sería acusado de un delito de autotercapacitación terrorista (art. 575.2 CP).

En todos los casos que se han expuesto más arriba, un individuo medio, normal, no podría siquiera intuir que dicho material constituye el objeto material del delito de autotercapacitación terrorista (art. 575.2 CP), por lo que solo cabría catalogar a dicho error de invencible, y por ende quedaría exento de responsabilidad penal.

3. Consecuencias jurídicas del error de tipo en el delito de autotercapacitación terrorista (art. 575.2 CP)

La ambigüedad de la que adolece la redacción del tipo provoca que no en pocas ocasiones el sujeto pueda estar cometiendo el tipo objetivo del delito sin siquiera tener conocimiento de esto. A causa, además, del fácil acceso a este tipo de portales, así como también a dicho contenido cuya consulta o posesión se castiga en el precepto, resulta aun más fácil la comisión del tipo objetivo de forma involuntaria del sujeto.

Ahora bien, tanto en las dos modalidades de la conducta como en el objeto material del delito el error deberá ser calificado de invencible. La consecuencia directa de este aspecto consiste en la ausencia de responsabilidad penal.

El individuo medio no tendría conocimiento, ni podría intuir, que está cometiendo un delito de autotercapacitación terrorista del art. 575.2 CP por el solo hecho de consultar contenido de naturaleza terrorista o por poseer este tipo de material.

Pero, en el caso en el que se considerase que en realidad el sujeto podría haberse percatado de su equivocación, la consecuencia no variaría. Y es que, al no disponer el delito de autocapacitación terrorista una modalidad imprudente, igualmente quedaría exento de la responsabilidad penal.

Del presente capítulo se puede poner de manifiesto lo siguiente:

El delito de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP se configura como un delito doloso, sin que se acepte la modalidad culposa en cuanto a su comisión. Esto es así debido a que el proceso de aprendizaje (o capacitación) requiere una gran consciencia y voluntad, ya que, para aprender cualquier cosa, es imprescindible la concentración del sujeto, por lo que resultaría imposible que el sujeto se capacitase de forma imprudente.

No obstante, en lo referente al dolo, el delito de autoadocctrinamiento, debido a su naturaleza y a las condiciones de su conducta, el dolo solo podrá ser dolo directo y, además, de primer grado, sin que pudiera, en ninguna circunstancia el dolo eventual. El individuo debe conocer y tener la voluntad de que se está capacitando para en un futuro atacar, por lo que no cabría un grado de dolo más reducido del directo de primer grado.

La finalidad de “capacitarse” es el núcleo fundamental del tipo subjetivo ya que sin que este se cumpla, no se podrá considerar como consumado el delito de autocapacitación. Pero, a pesar de su gran importancia, la interpretación que tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo -y en ocasiones la propia doctrina penal- sostienen es muy criticable. De acuerdo con la reciente (y corta) jurisprudencia del delito de autocapacitación terrorista, se han equiparado los conceptos de “capacitación” y de “adocctrinamiento”, también entendido como “radicalización”. Sin ir más lejos, la conducta tipificada en el art. 575.2 CP no es entendida como autocapacitación, sino como “autoadocctrinamiento”.

Y es que poco tienen en común ambos términos como ya quedó expuesto a lo largo de este Capítulo. Por una parte, el concepto “adocctrinamiento” o “radicalización” tiene por significado la “asunción de ciertos dogmas o ideas”. Ya solo la presencia del término “ideas” en su definición hace sospechar que poco ajuste tendrá con el principio

del hecho⁹⁸⁶. En efecto, la radicalización, la asunción de ideas, tiene más relación con el Derecho Fundamental de Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE) que con una conducta delictiva. Por lo tanto, no se podría castigar una conducta que se manifiesta como el ejercicio de un Derecho Fundamental, lo cual está estrechamente relacionado, a su vez, con el principio del hecho. De seguirse esta interpretación estaríamos ante una conducta atípica.

Sin embargo, desde un punto de vista objetivo el término “capacitarse” se puede definir como “hacerse apto para algo”. De acuerdo con lo ya expuesto en este análisis, el término “capacitarse” viene a identificarse como la adquisición de ciertos conocimientos sobre el desarrollo de una actividad, *a priori*, manual, a modo de “instrucciones” o de un modo concreto de desarrollo de una actividad (*modus operandi*). Al contrario que con el término “adoctrinarse” o “radicalizarse”, la “capacitación” sí tiene sentido lógico en el contexto en el que nos encontramos: es necesario formarse para cometer delitos de naturaleza terrorista. Esto es así porque dichas conductas no resultan fáciles de prepararlas y ejecutarlas, menos aún las que desarrollar grupos terroristas de corte yihadistas, cuyos ataques son muy técnicos (atentados con bombas, degollamientos, o mediante técnicas militares), que además van impregnados de una simbología muy poderosa (enarbolar la bandera negra con letras en blanco, usar vehículos negros en el caso de los atentados por atropellos, ataques a objetivos simbólicos y antagónicos a DAESH, grito de “Allah es grande”...). Se transforma esta formación o aprendizaje en un acto preparatorio para la comisión de un delito de terrorismo en un futuro indeterminado.

Sin embargo, esto no se podría predicar del término “adoctrinamiento” o “radicalización”, pues, la simple asunción de dogmas o de un ideario extremista no capacita a dicho sujeto a habilitarlo para cometer delitos de terrorismo. Tan solo se han llegado a comulgar con unas ideas que son contrarias a la generalidad de la sociedad e,

⁹⁸⁶ Así lo exponen ARMENDÁRIZ LEÓN y MIRAT HERNÁNDEZ cuando explican que, dentro del principio de culpabilidad se haya el principio de “responsabilidad por el hecho”, por el cual “el hombre responde penalmente por lo que hace, no por lo que es. Todo delito presupone la realización de una acción o de una acción o de una omisión, un comportamiento, que es lo que regula el Derecho Penal, pero en ningún caso la conciencia de los individuos”, lo cual constituye a su vez una “garantía individual dentro de los postulados de un Estado democrático, actuando como límite a la potestad punitiva del Estado”. Vid. ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus. Violencia doméstica...*, Op. Cit., p. 130.

incluso, al propio Estado de Derecho, nada que se pudiera considerar merecedor de reproche penal.

De este modo, la primera finalidad subjetiva del art. 575.2 CP deberá interpretarse como “capacitación” y no equipararse al “adoctrinamiento”.

Ahora bien, hay que tener en cuenta una serie de características en cuanto al término “capacitarse”. Serán dos las vertientes que formarán parte de este concepto: una vertiente formal o intelectual, por un lado; y una vertiente material, por otro.

Mientras que la vertiente formal se identifica con el conjunto de conocimientos a adquirir-en el desarrollo de la formación sin haberlos obtenerlos previamente a este proceso- para llevar a cabo un delito de terrorismo; la vertiente material consistiría en la puesta en práctica de estos conocimientos. En cuanto a la última de las vertientes, no solo basta con adquirir la habilidad o posibilidad de poner estas instrucciones en práctica, sino que además se deberá dar la posibilidad de llevarla a cabo, esto es, disponibilidad de materiales, dificultades de la ejecución de dichas conductas debido a las condiciones del lugar en el que se pretende desarrollar el ataque, etc.

Estas dos vertientes deben darse en el momento de la capacitación pues, de lo contrario no se podría decir que esta existiera.

Todo esto nos lleva a la conclusión de que, en realidad, el modo al que se refiere a la conducta castigada en el art. 575.2 CP no correspondería con su verdadero sentido, ya que no se trata de castigar el adoctrinamiento autónomo, sino la autocapacitación. De este modo, no debería llamarse “delito de autoadoctrinamiento terrorista”, sino que en su lugar se debería usar la nomenclatura de “delito de autocapacitación terrorista”.

Pero, el tipo subjetivo no solo integra la capacitación como única finalidad, sino que esta deberá ir dirigida a una segunda finalidad, esto es, la comisión de delitos de naturaleza terrorista. De no ser así, sería complicado poder desvirtuar la presunción de inocencia, ya que se trata de un delito que se basará casi exclusivamente en la prueba indiciaria.

Tanto la manifestación de la capacitación como la comisión de delitos deben aportarse como prueba de indicios debido a la dificultad de probar la conducta, en especial, el tipo subjetivo. Aun así, no se requiere que las pruebas deban apuntar a un atentado concreto, sino que las pruebas deben apuntar a la comisión de una conducta delictiva concreta. Es decir, no es necesario que se demuestre el delito en concreto, por ejemplo, un ataque por medio de bomba en una plaza de cualquier lugar cuando haya un evento multitudinario, sino que en realidad lo que se exige es que las pruebas señalen que el individuo, por medio del acceso a portales webs o por la mera posesión de contenido de naturaleza terrorista se estuviera capacitando para fabricar una bomba y cometer un delito de terrorismo del art. 573.1 CP.

Concentrándonos ya en la segunda de las finalidades del delito de autocapacitación, resulta interesante apuntar que no todos los delitos son susceptibles de “aprendizaje” y, por ende, de capacitación. Esto viene a sugerir que no todos los delitos que se localizan en el Capítulo VII, del Título XXII son compatibles con el delito de autocapacitación, al contrario de lo que expresaba el tenor literal del precepto.

De este modo, no todos los delitos de naturaleza terrorista son compatibles con la “autocapacitación” que exige el precepto, pues muchas de estas conductas no necesitan aprenderse, sino que se corresponden con conductas innatas, naturales, más próximas a la expresión de ideas, como podría ser, por ejemplo, el delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas del terrorismo (art. 578 CP). Estas conductas son más intuitivas, por lo que no necesitan aprender absolutamente ningún tipo de método, técnica o proceso.

Los delitos que, de acuerdo con el estudio ya realizado, serían considerados como delitos susceptibles de la capacitación y, por lo tanto, compatibles con el art. 575.2 CP son:

- Delitos contra la vida (art. 573 CP).
- Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (art. 573 CP).
- Delitos contra el patrimonio (art. 573 CP).

- Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente, la salud pública, riesgo catastrófico e incendio (art. 573 CP).
- Delitos de falsedad documental con fines terroristas (art. 573 CP).
- Delitos contra la Corona (art. 573 CP).
- Delitos de atentado y tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos (art. 573 CP).
- Delitos de apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancía (art. 573 CP).
- Delitos informáticos (arts. 197 *bis* y *ter* y del 264 al 264 *quater*).
- Delito de tenencia, depósito, fabricación, tráfico y empleo de armas y de aparatos o sustancias explosivas o inflamables (art. 574 CP).
- Delito de financiación de terrorismo (art. 576 CP).
- Delito de colaboración con grupo u organización terrorista (art. 577 CP). En lo referente a la “organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos”, sí sería compatible con el delito de autocapacitación terrorista, así como también la capacitación activa del art. 577.2 CP. Sin embargo, no se podrá decir lo mismo de la colaboración que se base en “vigilar o informar sobre personas, bienes o instalaciones, la construcción, acondicionamiento, cesión o utilización de alojamientos o depósitos, la ocultación, acogimiento o traslado de personas”, pues estas conductas no son compatibles con un proceso de capacitación.

De lo ya referido y, teniendo en cuenta el verdadero sentido del término “capacitación”, la conducta consigue desligarse del aquel sentido de “delito de pensamiento” que apuntaba en el Capítulo IV. De esta forma, y aunque aún sea necesario ajustarlo al principio de lesividad, ya no se castiga un mero pensamiento, sino que en realidad se está tipificando (de forma autónoma) un acto preparatorio.

Se trata de la fase incipiente de la ejecución del delito, en la que el sujeto tiene la voluntad de capacitarse, de aprender a desarrollar todas y cada una de las fases que lo lleven a la comisión de un delito de terrorismo.

Para que esto sea así, se deberá realizar una interpretación muy literal y estricta del tipo subjetivo ya que, de lo contrario se estaría abarcando parcelas que no deberían ser merecedoras de reproche penal.

El tipo subjetivo, así como su interpretación, se convierte en el punto de referencia, en el elemento que hace que una conducta pueda ser considerada como un acto neutral o, por el contrario, una conducta típica.

Sin embargo, la realidad es otra. De acuerdo con la jurisprudencia de la AN y el TS, la interpretación sería otra: la radicalización. Huelga decir que con esta interpretación el sentido de la norma daría un giro de 180°, ampliando el espectro de conductas que serían susceptible de encuadrarse como delito de autcapacitación terrorista. No es solo que no se atiende al tenor literal del precepto -pues claramente en el precepto consta la palabra “capacitase” y no “adoctrinarse”-, sino que se llega a castigar el pensamiento o las formas de ser “desaprobadas”.

La interpretación que se ha adoptado por parte de los tribunales y de la doctrina resulta contraria a los principios de un Derecho Penal Garantista, incluso llegando a lesionar el Derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE). Pero esto no se acaba aquí, ya que, si se decidiera adoptar esta interpretación para aplicarla en el caso de que se diera un delito de autcapacitación terrorista, en realidad se podría llegar a argumentar una causa de justificación: el ejercicio de un derecho.

Como ya se expresó, la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión es inabarcable por el *ius puniendi*, en otras palabras, se trata de un derecho absoluto, pues el pensamiento no delinque.

En este caso, se podría alegar una causa de justificación ya que su conducta no corresponde a un ilícito, sino más allá, estaría amparado por la cobertura de la vertiente interna de la libertad de pensamiento.

Así pues, la interpretación única y correcta es la que esbozó la STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL 6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO): una capacitación para cometer (ciertos) delitos de carácter terrorista.

CAPÍTULO VII

LA ANTIJURICIDAD PENAL EN EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN TERRORISTA (ART. 575.2 CP). LA INTERPRETACIÓN DE LA RADICALIZACIÓN COMO EVENTUAL CAUSA DE JUSTIFICACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizada la tipicidad del delito de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP, es necesario analizar la antijuricidad. Sin embargo, antes de proceder a este estudio es necesario poner de manifiesto una serie de elementos que resultarán imprescindibles para la comprensión de este Capítulo.

Ya se dejó patente en las anteriores líneas que la conducta que se castiga en el art. 575.2 CP pivota alrededor del concepto de “capacitación” y no de “adoctrinamiento”, por lo que se ha propuesto un cambio en su nomenclatura, desechando de este modo el nombre de “delito de autoadoctrinamiento terrorista”, sustituyéndolo por el de “delito de autocapacitación terrorista”.

Las consecuencias que se derivan de adoptar una interpretación u otra son significativas. En el Capítulo VI se dejó de manifiesto que, en el caso de adoptar el concepto estricto de “capacitación”, la opción correcta y más lógica, podría encajar con los principios jurídico-penales, ya que se podría llegar a considerarse como un acto preparatorio punible al estar preparándose efectivamente este sujeto para cometer un delito de terrorismo. Es decir, el sujeto que quiera desarrollar un ataque terrorista mediante el uso de una bomba para producir daños humanos y patrimoniales, deberá previamente aprender cómo realizar una bomba, por lo que se esforzará en buscar instrucciones y los materiales necesarios para ese fin. Se trata, como ya se ha indicado en numerosas ocasiones, de un proceso de aprendizaje, de formación, siempre con el fin de cometer un delito de terrorismo (aquellos a los que se apuntó como compatibles de un proceso de aprendizaje en el capítulo anterior). De todos modos, me remito a lo ya expresado en los Capítulos IV y VI.

Aunque también se explicó esta distinción y se dieron argumentos de por qué resultaba un error adoptar el concepto de “radicalización” o “adoctrinamiento”, se expondrán aquí los principales puntos de interés para proceder a la siguiente parte del estudio. Los conceptos de “adoctrinamiento” o “radicalización” tienen intrínseco a ellos un carácter relacionado con las ideas. De hecho, como ya se dijo, adoctrinamiento

significa “inculcar a alguien determinadas ideas o creencias”⁹⁸⁷, al igual que sucede con la radicalización, que podría entenderse como “volver radical algo o a alguien”⁹⁸⁸, es decir, que se asumen unas ideas extremas en su concepción general o en particular de un tema concreto.

Ahora bien, por muy extremo que sea el ideario de DAESH comulgar con tal ideología no debería ser delito en un Estado de Derecho en el que se respete el principio de culpabilidad y el principio de responsabilidad por el hecho. No se repetirá aquí cuáles son las características ni en qué consiste el Derecho Penal del Hecho o el Derecho Penal de Autor, ya que se ha ido estudiando a lo largo de esta tesis (Capítulo I, Capítulo III, Capítulo IV, Capítulo V y Capítulo VII), lo que sí se destacará en este momento será lo que ya se dijo en el Capítulo VI: el pensamiento no delinque.

El pensamiento es un derecho (art. 16 CE) que le es innegable a cualquier ser humano y que, en su vertiente interna además, resulta ilimitado y por lo tanto impermeable al *ius puniendi* del Estado. De este modo, a simple vista se puede apreciar que se ha producido una gran contradicción: la misma “conducta” (adoctrinamiento o radicalización”) es a la vez derecho y tipo penal a causa de la introducción del art. 575.2 CP. Esto hace que surjan varias dudas, pero principalmente una: ¿podría la conducta del art. 575.2 CP, siempre entendida desde la perspectiva del TS (adoctrinamiento o radicalización), encuadrarse como una causa de justificación?

Para responder a esta cuestión será preciso determinar, en primer lugar, qué es la antijuricidad. En segundo lugar, analizar cada una de las causas de justificación para así determinar si la conducta de “autoadoctrinamiento” terrorista podría encajar en sus márgenes, dando una razón más a la interpretación de “capacitación” como la más correcta y favorable para el Estado de Derecho.

⁹⁸⁷ Que adaptado al concepto de “auto-adoctrinamiento” querrá decir “la asunción de determinadas ideas o creencias” de forma autónoma. Vid. Definición de “adoctrinamiento”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 26/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

⁹⁸⁸ Definición de “radicalización”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 26/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=V14sJDs>

II. UNA APROXIMACIÓN A LA ANTIJURICIDAD

1. Introducción

De acuerdo con la Teoría del Delito, se entenderá por delito todo “comportamiento humano típicamente antijurídico y culpable”⁹⁸⁹. Hasta ahora, se ha analizado la tipicidad del delito, así como también se ha estudiado el contexto político-criminal en el que ha aparecido y se desenvuelve. Sin embargo, no se podrá considerar este análisis completo hasta que se analice la antijuricidad con relación al mismo y la ausencia de las causas de justificación.

“Antijuricidad” quiere decir, literalmente, contrariedad a Derecho, por lo que si la introducimos en contexto se entendería todo aquel “comportamiento que contradice las reglas establecidas por el Derecho. Puesto que el Ordenamiento se compone de un conjunto de sectores normativos (civil, administrativo, etc.), no cabe duda de que un acto puede ser antijurídico y, sin embargo, carecer de relevancia penal”⁹⁹⁰.

Pero, no hay que olvidar que la antijuricidad está compuesta por dos elementos: un elemento positivo, que consiste en la tipificación de la conducta (antijuricidad formal, lo que se corresponde con la tipicidad); y un elemento negativo, que vendría a ser la ausencia de causas de justificación (antijuricidad material)⁹⁹¹.

Ambas vertientes, por llamarlas de algún modo, son necesarias y se complementan para que pueda decirse si se está ante un delito o no. Por un lado, y para profundizar más en cada uno de los conceptos, la antijuricidad, como acertadamente expresa LUZÓN

⁹⁸⁹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 148.

⁹⁹⁰ GARCÍA RIVAS, N., “Lección 11. La antijuricidad”, en DEMETRIO CRESPO, E / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords.), *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 3ª Edición, Ed. Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016, p. 197.

⁹⁹¹ Así lo expresan MUÑOZ CONDE / GARCÍA ARÁN: “El Derecho Penal no crea la antijuricidad sino que selecciona, por medio de la tipicidad, una parte de los comportamientos que generalmente constituyen ataques muy graves a bienes jurídicos muy importantes, conminándolos con una pena. Normalmente la realización de un hecho típico genera la sospecha de que ese hecho es también antijurídico (*función indiciaria de la tipicidad*); pero esta presunción puede ser desvirtuada por la concurrencia de una causa de justificación excluyente de la antijuricidad. Si no concurre ninguna de estas causas, se afirma la antijuricidad y el siguiente paso es entonces la constatación de la culpabilidad del autor de ese hecho típico y antijurídico”. *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 283.

PEÑA, “es una relación entre la acción o conducta y el Derecho, concretamente la contrariedad a Derecho de la conducta. La acción es antijurídica si es contraria a las normas jurídicas y por tanto es prohibida y desvalorada por las mismas”⁹⁹². Así, esta parte “formal” o “positiva” la formarían los elementos específicos del delito en cuestión, es decir, los elementos que formen la conducta delictiva en cuestión, convirtiendo a cada delito en genuino⁹⁹³.

Ahora bien, no basta con este examen, sino que la “la antijuricidad penal como primer elemento del delito se completa con la comprobación de la concurrencia o ausencia de justificación”⁹⁹⁴. De esta forma, habrá que comprobar si existe una “regla permisiva” en el caso concreto que se vaya a analizar⁹⁹⁵. En este caso, no significa que la conducta no siga estando prohibida, sino que, en realidad, esta aparecería como “un *mal menor*”⁹⁹⁶. Estos “permisos” o la antijuricidad material o negativa, es conocida como “causas de justificación”.

2. Causas de justificación

Como se ha mencionado anteriormente, las causas de justificación son “permisos” que la propia ley genera para dar solución a ciertas situaciones en las que el sujeto estará justificado cuando cometiera una conducta típica y se cumplieran unos elementos generales⁹⁹⁷.

Así, existirá la justificación cuando medie un “permiso legal específico para realizar una acción típica que, precisamente por la existencia de ese permiso, no es, excepcionalmente, un injusto penal”⁹⁹⁸, y que, además, no solo pertenecen al Derecho

⁹⁹² LUZÓN PEÑA, D.M., *Lecciones de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 166.

⁹⁹³ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 433.

⁹⁹⁴ OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 105.

⁹⁹⁵ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994, pp. 314 y 315.

⁹⁹⁶ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., pp. 434 y ss.

⁹⁹⁷ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal...*, Op. Cit., pp. 314 y ss.

⁹⁹⁸ OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 106.

Penal, ya que, como se dijo al principio, la antijuricidad abarca todo el espectro del Derecho⁹⁹⁹.

Estas causas de justificación a las que nos referimos se pueden resumir en las siguientes: legítima defensa justificante; estado de necesidad justificante, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, oficio o cargo y el consentimiento justificante.

Para comprobar pues, si el delito de adoctrinamiento entendido desde la interpretación “alternativa” que realiza el TS y la AN es una conducta delictiva o si, por el contrario, podría encajar en una causa de justificación, y por lo tanto no ser castigado, se deberá comprobar si reúne los requisitos y criterios que se exigen en cada una de estas causas.

III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA EVENTUAL JUSTIFICACIÓN DEL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN

Como se ha adelantado, en este capítulo se estudiará la posible compatibilidad de la conducta con una de las causas de justificación. Sin embargo, y antes de comenzar el análisis es necesario destacar que no es necesario entrar a debatir ciertas causas de justificación al no plantearse problemas con estas.

En primer lugar, quedarían descartadas las causas de justificación de “legítima defensa” y “estado de necesidad”, pues no se plantea en este contexto ninguno de los presupuestos necesarios para que se pueda invocar una de estas causas de justificación, es decir, una agresión ilegítima en el caso de la legítima defensa¹⁰⁰⁰, por un lado; y la situación de necesidad en lo referente al estado de necesidad¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁹ Como se analizará a la hora de analizar la causa de justificación de ejercicio de un derecho o en un cumplimiento de un deber, se amplía el espectro de las causas de justificación, pues “al establecer un número abierto al respecto, ya que basta que se trate de un deber, derecho, oficio o cargo legítimos, para que se dé una causa de justificación; (...) para la determinación de tales casos habrá necesariamente que recurrir a cualquier parte del ordenamiento y a sus reglas específicas. *Vid.* BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 315.

¹⁰⁰⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., pp. 446 y ss.

¹⁰⁰¹ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal...*, Op. Cit., pp. 408 y ss.

Al no concurrir estos presupuestos resulta imposible que se pueda invocar alguna de estas causas de justificación, por lo que no se llevará a cabo su análisis.

En el caso del cumplimiento de un deber ocurre lo mismo. No se encuentra regulado en ningún lugar que exista un deber u obligación de “capacitarse” (o adoctrinarse si atendemos a la interpretación adoptada por la doctrina científica o jurisprudencial) para “cometer delitos de terrorismo” y, por ende, esta causa de justificación no plantea tampoco ningún problema.

No obstante, resulta distinto en el caso de la causa de justificación del ejercicio de un derecho pues, como ya se adelantó en el Capítulo VI la interpretación que ha sido adoptada tanto por la doctrina científica, como por la jurisprudencia, parece negar la posibilidad de aplicación de la causa de justificación.

IV. EJERCICIO DE UN DERECHO Y EL DELITO DE AUTOCAPACITACIÓN

1. Introducción

Así pues, se aborda aquí el análisis de la causa de justificación recogida en el art. 20.7º CP, esto es, el ejercicio de un derecho, y verificar si efectivamente la interpretación adoptada por la doctrina penal y del TS y de la AN encajaría con esta causa de justificación.

Ya en el Capítulo VI se abordó no resultaba lógico que el término “capacitarse” se entendiera como “radicalización” o “adoctrinamiento”, ya que parecía coincidir con el derecho del art. 16 CE, o lo que es lo mismo, el Derecho a la Libertad de Conciencia, Ideología y Religión.

Huelga decir totalmente que, de quedar patente que esta conducta es en realidad una manifestación del art. 16 CE, se procederá a la propuesta para su destipificación en el caso de que el TS continúe sosteniendo la actual interpretación de la primera de las

finalidades del elemento subjetivo del delito. No obstante, en primer lugar se determinará si se podrá o no considerar el delito de autocapacitación terrorista (entendido el elemento subjetivo como “capacitación”) compatible con una causa de justificación.

El ejercicio de un derecho se considera como una de las más claras causas de justificación presentes en el sistema penal español¹⁰⁰². Parece evidente expresar que, como apuntan ORTS BERENGUER / GONZÁLEZ CUSSAC, “quien obra conforme a Derecho nunca puede comportarse antijurídicamente”¹⁰⁰³, es decir, que si el Ordenamiento Jurídico confiere a un sujeto la posibilidad de ejercer un derecho resultaría contradictorio que el mismo lo desautorizara, quebrantando el principio de seguridad jurídica.

Ahora bien, para que se dé esta causa de justificación, en primer lugar, el derecho en cuestión debe estar reconocido por el Ordenamiento Jurídico. Esto quiere decir que habrá que atender a la totalidad de aquel, es decir, el derecho podría proceder de órdenes normativos distintos¹⁰⁰⁴, como pueden ser el civil o el administrativo, sin olvidarnos del orden constitucional¹⁰⁰⁵, el cual es el que más destaca en dicha causa de justificación¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰² Vid. MIRAT HERNÁNDEZ, P., “Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección”, en *Revista Penal México*, n. 6, marzo-agosto 2014, p. 199.

De hecho, muchos miembros de la doctrina lo consideran “superfluo”, ya que, si se trata de un derecho, se está actuando conforme a Derecho, valga la redundancia y, por ende, la conducta no podría calificarse de antijurídica.

¹⁰⁰³ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 180.

¹⁰⁰⁴ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 347.

¹⁰⁰⁵ Huelga decir que ciertos derechos, en concreto los Derechos Fundamentales, derivan directamente de la constitución, la cual tiene un rango superior al del Código Penal, además de tener este tipo de derechos un grado de protección mayor al encontrarse más próximos al derecho a la dignidad y a la libertad humanas, como es lo que ocurre con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión (art. 16.1 CE).

¹⁰⁰⁶ ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 180.

En segundo lugar, el ejercicio de dicho derecho tendrá que ser legítimo¹⁰⁰⁷, y por este se entenderá que este se ajustará a los cauces legales en los que se apoya la norma que lo reconoce¹⁰⁰⁸.

Esta causa de justificación difiere del resto, ya que no se produce un ataque contra un bien jurídico, sino que en realidad es el sujeto el que decide si ejercer el derecho que el Ordenamiento Jurídico le concede o no ejercerlo. Y aquí hay que puntualizar que no basta con remitirse a lo prohibido o no prohibido por la Ley, sino que, como dice LUZÓN PEÑA, “la conducta encaja en un tipo penal y por tanto en principio está prohibida, por consiguiente, para la justificación es preciso un derecho de actuación jurídicamente reconocido”¹⁰⁰⁹.

Por esta razón, la función de una causa de justificación va más allá de proteger un derecho legítimo, sino que, además, se centra en el mantenimiento de la “unidad del Ordenamiento Jurídico evitando la contradicción”¹⁰¹⁰, favoreciendo al mismo tiempo el principio de *ultima ratio* del Derecho Penal¹⁰¹¹.

Atendiendo al objeto central de este estudio, cabe determinar si se podría justificar el delito de autotransformación terrorista (art. 575.2 CP) como el ejercicio de un derecho legítimo. Como ya se ha anunciado previamente, el derecho debe estar reconocido por el Ordenamiento Jurídico. De este modo, resultará imprescindible aclarar si la capacitación encaminada a la comisión de un delito de terrorismo se podría considerar como un derecho.

¹⁰⁰⁷ Esta es una característica reconocida por la mayoría de la doctrina, entre los que se encuentran ORTS BERENGUER, GONZÁLEZ CUSSAC, GARCÍA OBREGÓN y GÓMEZ LANZ. Vid. ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 180 / GARCÍA OBREGÓN, A. / GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 97.

¹⁰⁰⁸ Hay que tener en cuenta que, debido a que esta causa de justificación depende de la remisión a otros órdenes y de las características de los derechos en los que se centra. De esta manera, habrá que atender, al mismo tiempo, a los límites de estos derechos para comprobar que no se está realizando un abuso del derecho y así, no caer en un ejercicio ilegítimo del derecho, lo que invalidaría totalmente la posibilidad de invocar esta causa de justificación. Vid. LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 424.

¹⁰⁰⁹ La conducta en principio, al constituirse como el contenido de un derecho, estaría justificada aunque esta conducta coincidiera con un tipo delictivo. Vid. LUZÓN PEÑA, D-M., *Lecciones de Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 424.

¹⁰¹⁰ MIRAT HERNÁNDEZ, P., “Referencia a las eximentes de estado de necesidad...”, Op. Cit., p. 199.

¹⁰¹¹ MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 492.

En el Capítulo anterior tuvimos la oportunidad de estudiar el término capacitación entiendo como un proceso de aprendizaje al que el individuo da comienzo con el fin de prepararse y así cometer el delito de terrorismo en el que se estaba instruyendo. Cabe destacar aquí que, aún disponiendo del derecho a la libertad de información (art. 20 CE) o al derecho a la libertad de conciencia (art. 16 CE), no se legitima la capacitación para cometer delitos de terrorismo como parte del ejercicio de los derechos referidos. Si se aceptase la premisa de que se pudiera considerar esto como un derecho, igualmente se debería aceptar que el sujeto se informase de cómo preparar un veneno o cómo comprar un arma en el mercado negro como paso previo a la comisión de un asesinato.

Desde esta postura, no se podrá justificar la conducta de autocapacitación ya que no supone un derecho para el individuo, mucho menos si ella está dirigida a la comisión de un delito de consecuencias tan graves como las que acarrea de un hecho de semejantes características.

Ahora bien, no se puede obviar que el criterio seguido por la AN y el TS no es la interpretación restrictiva del precepto tal y como se apoya en esta tesis, sino que ambos tribunales aceptan como elemento subjetivo del tipo el autoadoctrinamiento, bastándoles la confirmación de la radicalización del sujeto para la acreditación de la efectiva comisión de la conducta. Esto, por supuesto, trae como consecuencia que no pueden ser eludidas, relacionadas particularmente con el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión del art. 16 CE, el principio de responsabilidad por el hecho y la obligación del Estado a respetar el principio de laicidad.

2. Derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE)

2.1. Introducción. La configuración de los Derechos Fundamentales

El derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión se encuentra regulado en el art. 16 de la CE, por lo que, de acuerdo con la misma configuración y sistematización de la Norma Suprema, no se trata de un derecho cualquiera, sino que constituye el cuerpo constitucional de los Derechos Fundamentales (en adelante DF/DDFF). Así pues, y antes de proceder al análisis del Derecho concreto de Libertad de Conciencia, Ideología y

Religión, resulta esencial determinar las particularidades de los derechos fundamentales y del especial marco jurídico que los ampara.

Los Derechos Fundamentales (a partir de ahora DF / DDFF) se localizan en la Sección I, del Capítulo II, del Título I de la CE, entre los arts. 15 y 24, para ser más precisos. Estos derechos no se desenvuelven en un marco jurídico similar al del resto de derechos, pues en realidad, los DDFF son “«derechos públicos subjetivos», es decir, derechos frente al Estado, frente a los poderes públicos, generando en estos correlativos deberes y obligaciones”¹⁰¹², esto es, que no podrá realizarse un ejercicio excesivo del derecho.

El hecho de que se consideren como derechos subjetivos quiere decir que su ejercicio, goce y disfrute, dentro de unos límites dibujados concretamente por la misma Constitución, vienen a configurarse para evitar intromisiones infundadas del Estado. De esta manera, los DDFF se configuran como grandes pilares para la democracia, protegiendo al individuo del eventual abuso de los poderes del Estado. Es por esto, asimismo, que se les confiere a estos derechos una especial protección, mucho más férrea que la de cualquier otro derecho. Este tipo de derechos puede ser llevado a los tribunales en el eventual caso en el que se vean puestos en peligro o lesionados, no obstante, la protección de los DDFF va más allá, pues tienen la posibilidad de ser defendidos ante el Tribunal Constitucional por medio del recurso de amparo.

Considerándose el TC como el máximo intérprete de la Constitución Española, una de las funciones que se le confiere será la protección de ciertos derechos y libertades ante las infracciones de los poderes públicos, concretamente estos derechos serán los reconocidos en el art. 14 CE, “la sección Primera del Capítulo I del Título II (arts. 15 a 29 CE) y en el artículo 30.2 de la CE. Solo la lesión de los DDFF reconocidos en esos artículos es susceptible de recurso de amparo constitucional (art. 53.2 CE y art. 41 LOTC)¹⁰¹³.

¹⁰¹² SÁENZ ROYO, E., *Manual de Derecho Constitucional I*, Editado por Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2017, p. 135.

¹⁰¹³ MORALES ARROYO, J. M. / GÓMEZ CORONA, E., “Capítulo XV. Las competencias del Tribunal Constitucional”, en VVAA, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011, p. 398.

De hecho, otra particularidad que se deriva de esa especial consideración se manifiesta en la titularidad de los DDFF, los cuales, al menos la mayoría de ellos, no solo pertenecen a los ciudadanos españoles, sino que también serán titulares de estos los extranjeros, eso sí, con ciertas restricciones interpuestas por el Ordenamiento Jurídico¹⁰¹⁴.

En concreto podemos decir que los siguientes derechos son de titularidad universal al encontrarse en más estrecha relación con el derecho a la dignidad humana¹⁰¹⁵, salvo matizaciones: el derecho a la igualdad (art. 14 CE); a la vida y a la integridad física y moral /art. 15); a la libertad de conciencia, ideológica y de religión (art. 16 CE); a la intimidad, a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones (art. 18 CE); a la libertad de expresión y de información (art. 20); a reunión y asociación pacífica (art. 21); y a la tutela judicial (art. 24 CE). De acuerdo con la CE y las resoluciones del TC al respecto, los extranjeros, sean legales o no, están en igualdad de condiciones con los españoles en el momento de ejercer estos derechos.

Como se ha podido ver, uno de estos Derechos Fundamentales y además de titularidad universal es el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión, en el cual, considero que se podía encajar la conducta del autoadoctrinamiento del art. 575.2 CP como una manifestación de este. Para ello, será esencial y preciso ese análisis en concreto para después, proceder a su comparación con la conducta a examen.

2.2. Contenido del derecho de libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE)

A pesar de que ya aludimos a este derecho, en el Capítulo VI, creemos imprescindible volver a tratarlo de nuevo. Sin esta referencia, sería complicado poder

¹⁰¹⁴ La titularidad de los derechos reconocidos en la constitución se determinará por medio de la “línea divisoria entre la *igualdad natural* y la *igualdad política*”. Mientras que los ciudadanos españoles serán titulares de todos los derechos constitucionales “sin excepción”, los extranjeros “lo serán en todo caso de aquellos derechos naturales indiscutibles, como pueden ser el derecho a la vida, a la libertad personal, a la intimidad, etc”, y, en algunos casos excepcionales del derecho al sufragio tanto pasivo como activo. Vid. PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional...*, Op. Cit., pp. 193 y ss.

¹⁰¹⁵ SÁNEZ ROYO, E., *Manual de Derecho...*, Op. Cit., p. 143.

explicar de qué manera la conducta de autoadoctrinamiento bajo la perspectiva del TS se configuraría, en realidad, como un derecho y no como una conducta ilícita.

Así pues, el Derecho a la Libertad de Conciencia, Ideología y Religión del art. 16 CE, constituye uno de los derechos base de toda democracia que se precie¹⁰¹⁶. No en vano, es uno de los derechos que se encuentra presente en los tratados de Derechos Humanos y en las constituciones de los países democráticos. En la Constitución española se encuentra regulado en el art. 16, y aunque estas tres libertades guarden mucha similitud entre ellas, lo cierto es que poseen rasgos diferenciadores. No obstante, entre sus similitudes destaca su importancia a nivel social. El derecho a la libertad de poder elegir, adquirir, mantener, cambiar o abandonar una ideología o religión capacita al sujeto para desarrollar su personalidad y forma de ser sin restricciones o dictámenes, de modo que dicha evolución es real, y no condicionada por las directrices de ninguna institución¹⁰¹⁷. Huelga decir que se crea la verdadera y real diversidad social, la base de todo Estado de Derecho, la pluralidad de opiniones.

En primer lugar, la libertad de conciencia se podría definir como aquella “actuación libre o autónoma de las personas en la vida individual y social de acuerdo con las prescripciones de la conciencia moral de cada sujeto”¹⁰¹⁸. De las tres libertades que se regulan en el art. 16 CE, se trata de la más genérica y, de hecho, de ella dependen las otras dos, es decir, a la libertad ideológica y a la libertad religiosa¹⁰¹⁹, que tienen cada

¹⁰¹⁶ La importancia del derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y religión reside en su propia esencia, ya que se trata de un derecho que se encuentra íntimamente ligado a múltiples derechos, con especial incidencia en el derecho a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). De este modo, si se produce el deterioro de las libertades que están siendo objeto de este estudio conlleva a su vez, el menoscabo de los derechos con los que está íntimamente conectado (derecho a la dignidad humana, derecho al honor y el derecho a la integridad moral entre otros). Vid. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. / LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (Colab.), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 4ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2011, p. 27.

¹⁰¹⁷ No se trata de una situación sencilla, pero sí necesaria si se quiere calificar dicho sistema político con el adjetivo de “democrático”. De hecho, SALAZAR BENÍTEZ, ya advierte que existe una cierta paradoja en la convivencia social de los Estados de Derecho, pues esta “se mueve en el equilibrio siempre inestable entre los valores comunes que hacen posible la convivencia y la diversidad propia de un régimen pluralista. Una convivencia no siempre pacífica pero inevitable en un sistema que se apoya en la libertad, la igualdad y el pluralismo”. Vid. SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo e igualdad: En defensa del Estado laico”, en *Ámbitos. Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, n. 20, 2008, p. 158.

¹⁰¹⁸ DE ASÍS ROIG, R. F., “Libertad ideológica y objeción de conciencia...”, Op. Cit., p. 38.

¹⁰¹⁹ De la propia libertad de conciencia derivan, entonces, las otras dos, ya que la conciencia “(...) puede ser no sólo conciencia religiosa o por motivos religiosos, sino de modo más amplio conciencia moral del individuo—conciencia como

una, una naturaleza propia, pero bastante similar. Mientras la libertad de pensamiento va más encaminada a “convicciones de los individuos en relación a la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos, libertad que incluye la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de esas convicciones”¹⁰²⁰; la libertad de religión está más enfocada a la vida espiritual y todo lo que deriva de esta, es “aquel derecho que ampara a las personas y grupos cuyas convicciones y doctrinas están basadas en la fe en un ser trascendente y en la comunicación con él a través de un culto”¹⁰²¹.

En cuanto a estos derechos se debe destacar que están compuestos por dos vertientes: la vertiente interna y la vertiente externa. La primera de ellas, la vertiente interna, “comprende la libertad de creer o no creer y para poseer unas u otras convicciones o no poseer ninguna, la cual incluye (...) el derecho a la libre formación de la conciencia como base o sustrato ontológico de aquella”¹⁰²², por lo que no se expresaría más allá de su pensamiento sin llegar a manifestarse en el mundo real. Por otro lado, la vertiente externa, se podría entender como la expresión de la conciencia, la manifestación de estas convicciones, de la naturaleza que sean. Así, cada una de las libertades en su vertiente externa están conectadas con otro Derecho Fundamental específico: el derecho a la libertad de pensamiento o ideología en su vertiente externa se identifica con el derecho a la libertad de expresión¹⁰²³; y la libertad de religión con el derecho a la libertad de culto¹⁰²⁴.

plasmación de sus creencias profundas— sobre los asuntos de orden ético o moral más básicos o elementales (sobre el bien y el mal, lo lícito y lo ilícito) y que por ello le conciernen y afectan en el núcleo de su conciencia como ser humano”. Vid. LUZÓN PEÑA, D.M., “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, en *Revista de Derecho*, n. 17, 2014, p. 134.

¹⁰²⁰ PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y ...”, Op. Cit., p. 255.

¹⁰²¹ MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación ...”, Op. Cit., p. 64.

¹⁰²² VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del ...*, Op. Cit., p. 65.

¹⁰²³ Si atendemos al TS, este definiría el derecho de libertad de expresión como “la emisión de cualquier tipo de opinión, sin otro límite que las vengan impuestas por las elementales reglas de convivencia y respeto”, advirtiendo que esta libertad no solo se limita a las opiniones que más o menos pudieran identificarse con el de la mayoría “sino también a aquéllas que contraríen, choquen o inquieten, o sean desabridas e incluso de mal gusto”. Vid. STS 121/2015 de 5 marzo, FJ3 (TOL4.763.859; PONENTE: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA).

¹⁰²⁴ De acuerdo con la STS 2183/1990 de 18 de junio de 1992 (FJ 3) (TOL5.148.221; PONENTE: JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ), determina que se entenderá por libertad de culto “los derechos a exteriorizar y practicar externamente, tanto individual como comunitariamente las creencias religiosas, abarcando, por tanto, la libertad de reunirse públicamente para manifestar las creencias de quienes profesan un mismo credo”.

Empero, merece destacar que los derechos tienen límites, y que, en este caso en concreto, solamente la vertiente externa se encuentra afectada por esta regla general¹⁰²⁵. La vertiente interna, sin embargo, es ilimitada, no la comprende ningún límite¹⁰²⁶. De esta manera, el Estado no podrá, de ninguna manera, entrometerse en el pensamiento o moral del individuo. Es más, tiene el deber de garantizarlo y protegerlo no solo de las instituciones estatales, sino de la intervención de terceros¹⁰²⁷. Por lo tanto, cada individuo podrá adquirir, desarrollar, modificar o abandonar cualquier tipo de conciencia, siendo esto además amparado por el propio Estado de Derecho.

Entonces, ¿se podría considerar la radicalización o el autoadoctrinamiento como un pensamiento? Y si es así, ¿se podría entonces incluir como objeto protegido por el derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión?

3. Autoacapacitación y el derecho a la libertad de conciencia. ¿Eventual compatibilidad como manifestación del derecho del art. 16 CE?

En el Capítulo anterior¹⁰²⁸ ya se realizó el análisis que permitió identificar los conceptos de “radicalización” y “autoadoctrinamiento” con el de “ideas” o “pensamientos”, demostrándose así que, en realidad, la radicalización o el

¹⁰²⁵ Aunque el TC ya señaló la importancia del derecho a la libertad de expresión e información, advierte al mismo tiempo que “el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los Derechos Fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el art. 20.2 del Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros Derechos Fundamentales, como el derecho al honor, requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, “pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad”, sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena”. *Vid.* STC 208/2013, de 16 diciembre, FJ5 (TOL4.060.061; PONENTE: ADELA ASUA BATARRITA).

¹⁰²⁶ VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia...*, Op. Cit., p. 69 / SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo...”, Op. Cit., p. 161.

¹⁰²⁷ VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia...*, Op. Cit., p. 69.

¹⁰²⁸ Nos remitiremos en todo momento en lo que ya se expuso en el apartado “2.2. Breve aproximación al derecho de libertad de conciencia, de pensamiento y de religión (art. 16 CE)”, del Capítulo VI.

autoadocctrinamiento, por muy desaprobado que estos sean¹⁰²⁹, se encuentran amparados por el derecho a la libertad de conciencia (art. 16.1 CE). Sin embargo, no es suficiente con que se determine que la radicalización o el adoctrinamiento, más si este es autónomo, pertenecen al marco del ejercicio de un derecho o no pertenece, sino que, además, para que se constituya como una causa de justificación, como se manifestó al principio, el derecho debe ejercerse dentro de unos límites.

3.1. Los conceptos de adoctrinamiento y radicalización. ¿Ideas o exceso?

Como se decía más arriba, los conceptos de “adoctrinamiento” o “radicalización” vienen a estar en íntima relación con los conceptos de “idea” o “pensamiento”, pues, por un lado, por “adoctrinamiento” se puede entender la asunción de dogmas; y, por otro lado, “radicalización” equivaldría a la adopción de ideales extremos de un modo de pensar o de una cultura¹⁰³⁰. Sin embargo, tanto “dogma” como “extremo” poseen una connotación cargada de un carácter “intenso”, por llamarlo de algún modo, que bien podría identificarse con “abuso”. Si esto fuera así, el derecho no sería legítimo, ya que se estaría ante un abuso del mismo, quedando fuera del amparo de la causa de justificación del art. 20.7º CP.

Para saberlo, será necesario volver al precepto y comprobar cual es la forma de realización de esta radicalización o adoctrinamiento. De acuerdo con la literalidad del art. 575.2 CP, en su segundo párrafo: “se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con

¹⁰²⁹ Recordemos que el Derecho no puede proteger la “moral” colectiva, sino que debe defender bienes jurídicos que sean merecedores de protección penal, lo que a veces podrá o no coincidir con la moral. Vid. MIR PUIG, S., *Derecho Penal...*, Op. Cit., p. 131.

De esta manera, por muy desaprobada que resulte la “conducta”, en este caso, la conciencia del sujeto, y aunque no solo que no se identifique con la moral de la mayoría, sino que incluso la contradiga, esta no puede ser suprimida, al menos no en la vertiente interna, la cual aún no ha dado inicio a la fase externa. Vid PASAMAR BOLDOVA, M. Á., “El nuevo concepto de pornografía infantil...”, Op. Cit., p. 51.

¹⁰³⁰ Definición de “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 04/04/2019): <https://dle.rae.es/?id=OnjOeYT>

cualquiera de ellos o en sus fines. (...) Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”.

De este modo, y como se expuso en el Capítulo IV, se entiende que la conducta de “acceso” se haría a través de Internet desde cualquier dispositivo, y, por su parte, la “posesión” se ejercería desde algún dispositivo electrónico. Podemos imaginar que en la mayoría de los casos el sujeto consultará este tipo de contenido desde algún dispositivo electrónico, como puede ser un ordenador, un teléfono móvil inteligente o una tableta, entre otros. De hecho, en la mayoría de los casos así ha sido: se han encontrado estos materiales en tarjetas SD o bien en la misma memoria del ordenador¹⁰³¹.

Ahora bien, el precepto no contempla en ningún momento que la conducta se extralimitase de esos “contornos”, es decir, que no vaya más allá de una consulta en la web o en el mismo dispositivo electrónico, sin que sea necesario alguna manifestación que pueda percibirse por parte de un tercero. De esta manera, la conducta viene también amparada por el derecho a la intimidad, pues el sujeto realiza la conducta en la privacidad de su hogar, dentro del radio más profundo de su esfera privada, sin que un tercero pueda interceder en ella.

El hecho de que no trascienda su pensamiento al exterior configura el derecho a la libertad de conciencia en su vertiente interna y, sabiendo esto, se puede determinar que la conducta en sí misma no cuenta con ningún límite: cada uno tiene el derecho a poseer el pensamiento, la moral o la religión que desee, o abstenerse de tenerlo incluso. Esta “frontera” ilimitada entonces, obliga al Estado a no interferir en el fuero interno de las personas y, además a darle cobertura, obligaciones de las que se derivan directamente los principios de responsabilidad por el hecho, a la que hay que sumarse el principio de laicidad.

¹⁰³¹ Un ejemplo de esto lo encontramos en la STS 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO).

4. Las obligaciones del Estado frente al ejercicio de las libertades del art. 16 CE. especial referencia a los principios de la Responsabilidad por el Hecho y el de laicidad del Estado

Las libertades reconocidas en el art. 16 CE crea obligaciones al Estado para poder garantizar su ejercicio. Cada una de ellas provoca una obligación distinta a las instituciones estatales. El derecho a la libertad de conciencia y el derecho a la libertad de pensamiento vincula al Estado y le prohíbe intervenir en su desarrollo, al menos en la vertiente interna, por medio del principio de la responsabilidad por el hecho, más concretamente por el principio del “pensamiento no delinque”. Mientras que el derecho a la libertad de religión está vinculado estrechamente con el principio de laicidad del Estado español, el cual se proclama, además de laico, aconfesional.

4.1. El pensamiento no delinque y el principio de la responsabilidad por el hecho

Ya en el Capítulo IV se analizó la preocupación de un Derecho Penal de Autor cada vez más presente en nuestro sistema penal y, con motivo de este estudio se tuvo la oportunidad de profundizar en el Derecho Penal del Hecho en contraposición con el Derecho Penal de Autor. Es por esto, que nos remitiremos en todo momento a lo ya establecido en ese Capítulo, pero, ello no obsta para que aquí se destaquen y se traigan de nuevo a colación ciertos argumentos que serán útiles para determinar la obligación del Estado a no entrometerse en el pensamiento del sujeto.

El Derecho Penal del Hecho, constituye el mayor avance en la ciencia penal de corte democrático desde el sistema político presente en el Antiguo Régimen. Se trata de la misma esencia de la Democracia y del Estado de Derecho, por el que se descarta la idea de que un sujeto deba ser castigado por lo que es, lo que piensa o lo que siente, y se reemplaza esta concepción por la obligación del Estado de usar el *ius puniendi* solo en los casos en los que el sujeto lleve a cabo una conducta humana contraria a derecho¹⁰³².

¹⁰³² Autores como DE LA CUESTA AGUADO, destacan la importancia del principio de responsabilidad por el hecho para la configuración “de la orientación de nuestro sistema penal”, afirmando que exclusivamente “la responsabilidad solo

De ahí proviene el aforismo latino “*Cogitationis poenam nemo patitur*”, o lo que es lo mismo: el pensamiento no delinque.

Este principio garantiza la protección del desarrollo de la diversidad propia de los Estados de Derecho, ya que, el sujeto solamente podrá ser libre de desenvolver su personalidad o pensamientos cuando se sienta libre de hacerlo y no se tema su castigo. De acuerdo con la doctrina mayoritaria penal, la culpabilidad se basará en la “reprochabilidad personal de la conducta antijurídica. Al autor se le reprocha la realización de una conducta antijurídica cuando podía haberse abstenido de realizarla. La posibilidad concreta de obrar de otro modo constituye, pues, el fundamento de la culpabilidad de acuerdo con esta concepción”¹⁰³³. De este modo, el Estado solo estará legitimado para castigar aquellas conductas que se basen en hechos¹⁰³⁴ y no en pensamientos o formas de ser¹⁰³⁵.

Esto lo garantiza igualmente los principios político-criminales a los que está dirigido el sistema penal, tales como el principio de ofensividad y de exclusiva protección de bienes jurídicos. El pensamiento, por muy contrario que sea para la generalidad de la sociedad o que incluso contradiga los principios rectores de la democracia, no posee suficiente entidad como para poner en riesgo bien jurídico alguno, por lo que no se darían por cumplidos ni el principio de ofensividad, ni el de exclusiva protección de bienes jurídicos¹⁰³⁶. A su vez, esto está conectado con el *iter criminis*, en el que se diferencia la fase interna de la fase externa y se determina que solamente será reprochable penalmente el inicio de la ejecución, perteneciente a la fase externa, quedando exenta de castigo la fase interna¹⁰³⁷.

se puede generar como consecuencia de un comportamiento en relación a un hecho y no en una forma de ser de pensar o de vivir”. Vid. DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y ...*, Op. Cit., p. 57.

¹⁰³³ CERESO MIR, J., “Culpabilidad y pena...”, Op. Cit., p. 347.

¹⁰³⁴ Se debe recordar aquí que por “hecho” se entenderá en todo momento tanto una conducta activa como una conducta omisiva. Vid. Capítulo IV.

¹⁰³⁵ Así lo determina incluso el mismo TC en su STC 150/1991, de 4 de julio (TOL80.562; PONENTE: LUÍS LÓPEZ GUERRA), de 4 de julio, cuando determina que “sólo un Derecho Penal de la culpabilidad por el hecho es compatible con la Constitución”.

¹⁰³⁶ FERRAJOLI, L., “El principio de lesividad ...”, Op. Cit., p. 112.

¹⁰³⁷ MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., pp. 199 y ss.

Por lo tanto, un Derecho Penal que castigase la fase interna compuesta por el ideario o la forma de ser de una persona, iría totalmente en contra de un Estado de Derecho y sus garantías, condenando al individuo a no poder desarrollarse a sí mismo, siguiendo sus convicciones más instintivas y profundas. De ser así, se podría decir que el Estado está resuelto a criminalizar una parte de la sociedad por ser manifiestamente contraria a la generalidad aceptada por la sociedad del Estado, desoyendo de esta manera los rasgos de diversidad, pluralidad (art. 1.1 CE) y respeto de la genuinidad de las personas de un Estado de Derecho, amparado, principalmente por el derecho a la libertad de conciencia, ideología y religión (art. 16 CE), así como el derecho a la intimidad y propia imagen (art. 18 CE).

Es cierto que la corriente extremista del salafismo contradice todos y cada uno de los pilares democráticos del Estado español, no obstante, no por eso debería prohibirse la conciencia de las personas que coinciden con este ideario. A lo largo del territorio español conviven distintas concepciones y modos de entender la vida, que van desde moderadas hasta extremas, no siendo estas últimas pocas. Se pueden contar, por ejemplo, las ideologías extremas de los nacionalismos de pueblos como en el País Vasco, que hasta no hace mucho se reivindicaba por medio de la lucha armada; o el proceso de independencia catalán reciente que incluso ha sido legitimado por las propias instituciones autonómicas. Pero no son estos los únicos, sino que podrían incluirse aquí los movimientos feministas hegemónicos, contrarios a cualquier principio de igualdad formal entre hombres y mujeres, incluso con otras mujeres que no cumplan con el prototipo, promoviendo en muchas ocasiones el odio; o los ideales de extrema derecha o los extremos de izquierda tales como el comunismo y el anarquismo, presentes incluso en la vida política. El ámbito religioso no queda exento de ejemplos tampoco, ya que incluso tienen cabida en el territorio español religiones extremas en forma de secta, como podría considerarse la Cienciología, con sede en una de las calles más céntricas de Madrid, por ejemplo. Se respetan además, los extremos de las religiones más tradicionales, pudiéndose encontrar corrientes radicales como los conocidos como “Testigos de Jehová”, o corrientes fundamentalistas del judaísmo, en los que se rechaza por completo cualquier papel de relevancia de la mujer y las libertades que un Estado de Derecho garantiza a la población, entre las que se podría encontrar el aborto o el matrimonio homosexual.

Así pues, ¿por qué estas concepciones no son castigadas, sino al contrario, son legitimadas y protegidas por el Estado, y las corrientes extremas del Islam son fuertemente sancionadas? ¿Se podría entender que existe un tono de racismo en la conducta del art. 575.2 CP, entendido como autoadoctrinamiento?

No se está justificando, ni tomando parte aquí de ninguna de las corrientes idearias o religiosas, sino que se está exponiendo la diferencia de criterio entre las demás concepciones y la corriente extrema del salafismo en concreto, su tratamiento diverso y, por lo tanto, marginal. Poniendo esto de manifiesto, ¿por qué es posible mantener una ideología e incluso expresarla al exterior de carácter extremo como el comunismo o la rama más extrema de las religiones tradicionales, pero, sin embargo, se castiga la mera conformación de una concepción salafista? La única diferencia parece residir en los antecedentes recientes de los llamados “terroristas autónomos”, los cuales se han llegado a radicalizar en la corriente salafista. Sin embargo, no hay que olvidar que nuestro Ordenamiento Jurídico está dirigido hacia la dirección que proyecta el principio de responsabilidad individual del hecho.

De acuerdo con este principio, no se podrá castigar a un sujeto por lo que ha realizado la comunidad, solo porque él mismo pertenece a esta^{1038/1039}. De acuerdo con el informe del Real Instituto Elcano, el número de radicalizados, vía mixta o en presencia de terceros, es mayor con respecto al que se radicaliza en soledad vía Internet¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁸ Como bien expone MUÑOZ CONDE, “El concepto de culpabilidad es, pues, también un principio organizativo de atribución de la responsabilidad individual característico de las sociedades modernas, en las que, dentro de las distintas esferas de su competencia (política, profesional, ciudadano común, etc.), cada uno es responsable por lo que hace (o no hace)”. *Vid.*, MUÑOZ CONDE, F / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición..., Op. Cit., p. 356.

¹⁰³⁹ De hecho, estos comportamientos son más propios de la época medieval, donde se castigaba no solo al sujeto, sino también al resto de miembros integrantes de la familia por conductas no cometidas. *Vid.* MONTANOS FERRÍN, E., “Responsabilidad penal individual y colectiva en la familia medieval y moderna”, en *AFDUC. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 19, 2015, p. 529.

Sin embargo, con la inauguración del Estado de Derecho moderno, se instaura la responsabilidad individual, por la cual solamente se podrá castigar al sujeto por la conducta llevada a cabo efectivamente por él mismo.

Es por esto por lo que se consideraría ilegítimo castigar a una persona partiendo de la presunción que, por el mero hecho de pertenecer a un colectivo, este comparte las mismas características y finalidades y que, por tanto, tendrá la tendencia de seguir la misma conducta. Hay que recordar, no obstante, que las presunciones de esta clase en un Derecho Penal de garantías como es el del Estado Español son inconcebibles, infringiendo frontalmente todo principio de culpabilidad.

¹⁰⁴⁰ De acuerdo con el informe del Real Instituto Elcano, tan solo decidieron radicalizarse en un entorno virtual el 18,4% de los sujetos que fueron detenidos entre junio de 2013 y mayo de 2016, frente al 52,7% que realizaron una “proceso mixto” de radicalización, combinando los ámbitos online y offline; y al menos un 28,9% de estos sujetos fueron

Además, a esto hay que añadir que son más los radicalizados o adoctrinados en el yihadismo más extremo que aquellos que deciden efectivamente atentar^{1041/1042}. Sería injusto, por lo tanto, que se estableciera la sospecha de que, como un sujeto radicalizado en el salafismo cometió un atentado terrorista, todos los demás radicalizados en esta corriente extrema vayan a hacer lo mismo. Los detonantes que provocan la comisión de un delito de terrorismo son distintos, dependiendo de la persona en la que se presentan, en lo que se tendrá que tener en cuenta muchos más factores que, en la mayoría de los casos, poca relación guardan con el tipo de religión o ideario que predicen dichos sujetos¹⁰⁴³.

En Derecho Penal, como se dijo en el Capítulo VI, en la única presunción en la que se apoya el proceso es la presunción de inocencia, pero nada más. Esta presunción obliga al acusado a demostrar su “no culpabilidad”¹⁰⁴⁴ (lo que se conoce como *probatio diabolica*) infringiendo el principio de culpabilidad por el hecho¹⁰⁴⁵.

radicalizados en un entorno offline. De este modo, la mayoría de ellos con casi total seguridad, fueron radicalizados por terceros, ya fuera en mezquitas o por conocidos que profesaran la rama extrema del Islam. Vid. REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico ...*, Op. Cit., p. 39.

¹⁰⁴¹ Coincido con la opinión de la profesora PÉREZ CEPEDA, la cual llama la atención de que radicalizado no es equivalente a terrorista: “La mayoría de planes estratégicos —entre ellos el español— para la prevención del terrorismo, (...), confunden radicalismo con terrorismo, desde una perspectiva micro o individual, seguida por los servicios de inteligencia y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, presumen que todo sujeto evolucionará siguiendo estas fases: pre-radicalización → identificación → adoctrinamiento → actuación, cuando la inmensa mayoría de los individuos radicalizados no llega a dar el paso de actuar.”, Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., pp. 279 y 280.

¹⁰⁴² De hecho, resulta más común que cometan un atentado terrorista, convirtiéndose en el temible “lobo solitario” aquellos sujetos que se adoctrinan en compañía o por un método mixto. Esto hace que surjan demasiadas preguntas, pero la más importante se reduce a los términos de la pena: ¿Por qué razón el legislador decide establecer la misma pena en los sujetos que se autoradicalizan de forma independiente que aquellos sujetos que adoctrinados por terceros son más proclives a realizar un ataque terrorista? La peligrosidad no resulta equivalente y, por ende, tampoco debería serlo la reprochabilidad penal que se deba adjudicar a estas dos conductas de resultados totalmente diversos. Vid. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 800 y ss.

¹⁰⁴³ Son desencadenantes basados en las circunstancias personales, económicas o algunos que son movidos por convicciones amorosas más que religiosas. Así lo atestigua el informe del Real Instituto Elcano afirmando que la principal de las motivaciones para integrarse en la organización terrorista DAESH o bien colaborar con la misma se identifica con el “orden ideológico” (62,8%), en un segundo lugar se situaría el “cariz existencial e identitario” (23,5%) para que en un tercer puesto se encontrarían las motivaciones emocionales y afectivas (13,7%). Vid. REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Estado Islámico...*, Op. Cit., p. 49.

¹⁰⁴⁴ COBO DEL ROSAL, M., *Tratado de Derecho Procesal...*, Op. Cit., p. 724.

¹⁰⁴⁵ En todo caso, se deberá probar la culpabilidad del acusado, no recayendo en este la carga de la prueba de su propia inocencia, pues se crearía una gran indefensión y se infringiría, asimismo, el quebrantamiento del principio procesal de “igualdad de armas”. Vid. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba ...”, Op. Cit., p. 95.

Salvando las distancias, ya lo dejó claro el voto particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre. El voto discrepante con respecto de la sentencia de la mayoría rechaza que al acusado se le aplique un delito de violencia de género solo por el mero hecho de ser varón y de haber agredido a su pareja, una mujer; y no fundamentarse en la verdadera intencionalidad del sujeto. Dicho voto particular se basa en dos razones para desaprobare esta hipótesis, siendo el más relevante el segundo de estos argumentos, por el que se declara que “no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer”¹⁰⁴⁶. Esta clase de presunciones darían lugar a escenarios ilógicos y contrarios a cualquier sistema de garantías de un Estado de Derecho, como por ejemplo el que se dio en abril de 2019, por el que un varón que auxilió al suicidio a su mujer, la cual sufría esclerosis múltiple, se le acusa de un delito de violencia de género¹⁰⁴⁷. Desde luego, esto contradice incluso la propia política criminal con la que el legislador redacta este tipo de leyes. Al legislador no le interesa castigar la mera agresión de un hombre hacia una mujer, puesto que para eso ya el Código Penal cuenta con el delito de lesiones (art. 147 CP), sino que considera que el desvalor de la conducta es mayor debido a la intencionalidad con la que se llevan a cabo este tipo de agresiones machistas¹⁰⁴⁸. Tratando la misma conducta de manera diferente atribuyéndole distinta pena a dichos sujetos solo por el hecho de que uno de ellos sea varón, se podría traducir en clave de Derecho Penal de Autor¹⁰⁴⁹, ya que, como

¹⁰⁴⁶ Voto Particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre (ID CENDOJ: 28079129912018100008 / PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET).

¹⁰⁴⁷ Noticia “Un juez de violencia machista investigará al hombre que ayudó a morir a su mujer”, en *Agencia EFE*, en (última visita: 01/08/2019): <https://www.efe.com/efe/espana/portada/un-juez-de-violencia-machista-investigara-al-hombre-que-ayudo-a-morir-su-mujer/10010-3949593>

¹⁰⁴⁸ De acuerdo con la opinión de VILLACAMPA ESTIARTE, esta conducta, es decir, en el delito de violencia de género, se debe exigir un mayor desvalor subjetivo que se refleje, asimismo, en la pena, ya que el sujeto no solo pretende lesionar a la víctima, en este caso mujer, sino que además, con su conducta pretende someterla y humillarla, queriendo a su vez dejar delimitados los “roles” que él mismo considera válidos. *Vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 12-09, 2007, p. 12.

¹⁰⁴⁹ No se puede olvidar que, en todo caso, el Derecho Penal de Autor se basará en la persona, en la potencial peligrosidad derivada de la personalidad del sujeto, así como de su propio pensamiento, o lo que es lo mismo, no se fundamentará en la conducta llevada a cabo por este. Y así lo denuncia también LAURENZO COPELLO, ya que, “resultarían violados al menos dos grandes principios del Derecho Penal con repercusiones constitucionales. Por una parte, se alega la lesión del principio de culpabilidad, pues la ley estaría presumiendo, sin admitir prueba en contrario,

se ha podido entender, el hecho no constituye el desvalor por el que se ha castigado la conducta, sino que en realidad la razón por la que se castiga o se incrementa el castigo es la condición de varón, esto es, un rasgo del individuo y no una “conducta humana”. Es evidente que en este tipo de conductas será decisivo el elemento tendencial, en otras palabras, el elemento subjetivo del tipo de injusto, pues, el fin perseguido resulta el castigo de las conductas machistas que sí dan lugar al delito de violencia de género.

Se debe recordar aquí, apelando a la lógica y a la cordura, que el Estado de Derecho no puede extralimitarse y expandir su *ius puniendi* más allá de las barreras del hecho, y, en absoluto deberá llegar a la parcela de la fase interna del sujeto, lo que incluiría tanto el pensamiento como el modo de ser de la persona¹⁰⁵⁰. De ser así, se estaría ante un Derecho Penal de Autor que, combinado con el resto de características que este delito reúne y ya destacadas en Capítulos anteriores (adelantamiento de la barrera de punibilidad, Derecho Penal Simbólico, inexistencia del bien jurídico e indeterminación del precepto, entre otros muchos), se podría decir que se trata de un Derecho Penal del Enemigo.

Extrapolando pues, los argumentos de la STS 677/2018, de 20 de diciembre, a la conducta de la “autoradicalización” se podría advertir que, en efecto, establecer una suposición general en torno a la hipótesis de que todos los que comparten la ideología

“que cuando el hombre amenaza o coacciona a su mujer o a su ex mujer lo hace en todo caso prevaleciendo de una situación de superioridad o con el fin de mantener la voluntad de dominación”. Pero además, ese proceder basado en meras presunciones vendría a afectar también el principio de responsabilidad por el hecho, ya que la mayor severidad punitiva, argumenta el CGPJ, “no se fundamenta en razones vinculadas a un mayor contenido de injusto o de culpabilidad, sino que únicamente obedece a razones subjetivas relativas a la cualidad del varón y a su presunta superioridad sobre la mujer”. De esta manera, la Ley Integral vendría a recuperar los principios del denostado “Derecho Penal de Autor”, castigando más al varón que a la mujer por la mayor peligrosidad derivada exclusivamente de su sexo”, *Vid.* LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-07, 2005, p. 17.

¹⁰⁵⁰ Es necesario destacar que, como advierte DEMETRIO CRESPO: “el llamado «Derecho Penal del Enemigo», toda vez que fija sus objetivos primordiales en combatir a determinados grupos de personas, abandona el principio básico del Derecho Penal del Hecho, convirtiéndose en una manifestación de las tendencias autoritarias del ya históricamente conocido como «Derecho Penal de Autor»”. *Vid.* DEMETRIO CRESPO, E., “Del «Derecho Penal liberal...”, *Op. Cit.*, p. 90. Y es que el Derecho Penal de Autor, tal y como afirman ARMENDÁRIZ LEÓN / MIRAT HERNÁNDEZ, “enjuicia al hombre no por lo que hace, sino por lo que es. No importa tanto qué es lo que hace u omite, sino que la personalidad del autor no es la repercusión del hecho en el mundo exterior, sino lo que nos revela del autor, la manifestación de una determinada personalidad. La pena se impone por la posibilidad de delinquir en el futuro, pues el delito que ya se ha cometido no es más que la expresión de la personalidad del autor”. *Vid.* ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica...*, *Op. Cit.*, p. 131.

salafista están dispuestos a atacar y, por ende, son potenciales terroristas, es absurdo e ilógico desde un Derecho Penal del Hecho ya que como se defiende en el voto particular de dicha sentencia: “En consecuencia, esa pauta cultural negativa o ese contexto de dominación en el que debe apreciarse que se ejecutan los hechos, necesita ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y de presunción de inocencia”¹⁰⁵¹. La suposición que se baraja, por lo tanto, queda fuera de las alternativas a poder adoptar.

Se puede llegar a la conclusión de que, en realidad, el sujeto que realiza la radicalización o el adoctrinamiento de forma autónoma en ningún momento lleva a cabo un uso abusivo del derecho a la libertad de conciencia o pensamiento, y por un razonamiento excluyente, el sujeto podría apelar al ejercicio del derecho regulado en el art. 16 CE para justificar la conducta del art. 575.2 CP, siempre basándonos en la interpretación que del elemento subjetivo hace el TS y la AN.

4.2. Principio de laicidad

El derecho a la libertad de conciencia también implica el derecho a la libertad de religión, el cual, se construye como uno de los grandes pilares de la formación de la identidad y personalidad del individuo¹⁰⁵². Esta libertad, de acuerdo con MARTÍN SÁNCHEZ, se podría definir como aquel derecho que “poseen quienes han optado por una solución fidelista y confesional al interrogante religioso; en tanto que parece que al ámbito de lo ideológico deben ser trasladadas las restantes posibilidades: ateísmo, agnosticismo e indiferentismo”¹⁰⁵³. Como se puede entender, al estar tan estrechamente vinculado este derecho con la dignidad y libertad de la persona, un Estado de Derecho

¹⁰⁵¹ Voto Particular de la STS 677/2018, de 20 de diciembre (ID CENDOJ: 28079129912018100008 / PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET).

¹⁰⁵² SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo ...”, Op. Cit., p. 160.

¹⁰⁵³ MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación ...”, Op. Cit., p. 63.

como lo es el español, debe configurarse como un Estado plural, en el que confluyan diversas culturas, ideales y religiones¹⁰⁵⁴, tal y como así se establece en el art. 1.1 CE¹⁰⁵⁵.

Sin embargo, actualmente, y debido a la globalización, en un mismo territorio conviven diversas culturas y religiones, que, coincidiendo con SALAZAR BENÍTEZ, nos lleva a la paradoja de un “equilibrio siempre inestable entre los valores comunes que hacen posible la convivencia y la diversidad propia de un régimen pluralista”, que tiene como resultado una “convivencia no siempre pacífica pero inevitable en un sistema que se apoya en la libertad, la igualdad y el pluralismo”¹⁰⁵⁶.

Para que esto pueda darse, resulta evidente que se deberá tratar a todas las confesiones de forma igualitaria, y, para ello, el Estado no deberá reconocer una religión como predilecta por encima de las demás¹⁰⁵⁷. Esto se materializa en el principio de laicidad, el cual, dirige el sistema político de un Estado democrático. Este principio se contempla como una *conditio sine qua non* para el desarrollo de estas confesiones religiosas, aunque estas no coincidan entre ellas, pero, que sin embargo, será imprescindible para que cada individuo pueda poseer sus propias creencias¹⁰⁵⁸.

De este modo se podría decir, que también tendría cabida en este esquema la corriente extrema del Islam, esto es, el salafismo, al menos, en su vertiente interna. Al igual que ocurre con el resto de libertades contenidas en el art. 16 CE, la vertiente interna del derecho a la libertad de religión queda fuera del alcance del *ius puniendi* estatal por imperativo del principio de laicidad. El Estado, no solo no se podrá identificar con una confesión religiosa, sino que además deberá promocionar el resto de ellas e, incluso, no

¹⁰⁵⁴ PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica ...”, Op. Cit., p. 253 / VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia...*, Op. Cit., p. 105 / MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación ...”, Op. Cit. p. 57.

¹⁰⁵⁵ Art. 1.1 CE: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”

¹⁰⁵⁶ SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo...”, Op. Cit., p. 158.

¹⁰⁵⁷ FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de conciencia contra legem: criterios del tribunal constitucional en materia de transfusiones”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 9, 2005, p. 284.

¹⁰⁵⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Marco Constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, en *Revista Foro, Nueva Época*, n. 13, 2011, pp. 163 y 164.

deberá inmiscuirse en la definición de los parámetros de las creencias religiosas de cada confesión, sino que, al contrario, tiene el deber de protegerlas¹⁰⁵⁹.

Iría en contra de cualquier Estado de Derecho que, las instituciones estatales invadieran la esfera más privada del sujeto, con el fin de identificar con qué pensamiento se identifica el sujeto y, al mismo tiempo, si este no resulta el adecuado, castigarlo. Como dice FERREIRO GALGUERA “el Derecho no puede captar por sí mismo lo que se gesta en la intimidad del hombre. Pero, no por ello resulta un ámbito totalmente ajeno a sus posibilidades de actuación. Las normas jurídicas han de proteger esa parcela de la intimidad personal necesaria para que el individuo pueda forjar las ideas y creencias con las que pueda acometer el libre desarrollo de su personalidad, fundamento del orden político y de la paz social (art.10.1 C.E.)”¹⁰⁶⁰. El individuo pues, deberá tener la oportunidad de ser libre de formar sus propias creencias, sin que pueda interceder ninguna intromisión del Estado o de terceros en cuanto a la vertiente interna del derecho a la libertad de religión se refiere¹⁰⁶¹.

De este modo, el principio de laicidad y aconfesionalidad impide que el Estado pueda anular la libertad de religión de un sujeto, incluso si esta confesión religiosa es extrema y contraria a las bases democráticas, como lo es el salafismo en el que se basa el terrorismo yihadista.

¹⁰⁵⁹ SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo...”, Op. Cit., p. 161 / GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático ...”, Op. Cit., p. 125-126.

¹⁰⁶⁰ FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de conciencia contra *legem*...”, Op. Cit., p. 128.

¹⁰⁶¹ De hecho, solo hay que atender al caso de las sectas religiosas para apreciar el gran margen de maniobra del que disfruta el derecho a la libertad de religión (art. 16.1 CE). A estas se les confieren las garantías que ofrece el derecho a la libertad de religión del art. 16.1 CE, aunque no se les reconozca como una Confesión oficial por no reunir los requisitos que la misma ley exige para ello. De esta forma, no se podrá suspender el ejercicio de su derecho y el de sus “fieles” a menos que una sentencia la catalogase de “asociación ilícita”. Vid. LÓPEZ ALARCÓN, M., “Las sectas y los nuevos movimientos religiosos (NMRs). Problemas de su tratamiento jurídico: ¿reconocimiento o prohibición?”, en *Revista Ius Canonicum*, XXXVII, n. 74, 1997, pp. 453-456.

5. ¿Puede considerarse la conducta de autocapacitación terrorista del art. 575.2 CP como un ejercicio de derecho justificante?

Ajustándonos a lo aquí expresado, se puede concluir que el ejercicio que el sujeto realiza de su derecho a la libertad de conciencia, aunque este uso sea para la asunción de un ideario extremo y contrario a los principios democráticos, se encuentra amparado por el derecho a la libertad de conciencia del art. 16 CE, sin que medie abuso del mismo.

Hay que tener en cuenta siempre, que se trata de una concepción interna, perteneciente a la esfera más privada del sujeto y que, por lo tanto, no ha traspasado los límites de la fase interna del *iter criminis*, la cual no podrá ser objeto de reproche penal, pues “al no existir exteriorización de la conducta, no existe peligro alguno”¹⁰⁶². Siendo esto así y, quedando demostrado que la vertiente interna del derecho de las libertades reconocidas en el art. 16 CE no están sujetas a ningún tipo de intromisión del *ius puniendi*, se puede decir que se trata de un derecho “ilimitado” en este aspecto y que, por lo tanto, no es posible que se produzca un abuso del derecho. Tampoco cambia que se dieran por sentado ciertas presunciones, ya que el hecho de que sujeto que se radicaliza, el cual tiene derecho a hacerlo bajo el amparo de su libertad de conciencia, pensamiento y religión, no significa que se convierta automáticamente en terrorista, pues para esto hace falta “pasar a la acción”¹⁰⁶³ y cometer un delito de terrorismo, cosa a la que no están dispuestos la mayoría de radicalizados.

Esta inexistencia de abuso del derecho provoca que se pueda invocar el ejercicio de un derecho de forma legítima capaz de justificar la comisión de la “radicalización” o “adoctrinamiento”, por lo que la conducta que se describe en el art. 575.2 CP y se interpreta conforme a la doctrina del TS, quedaría justificada por el art. 20.7º CP.

Según todo lo anterior podemos establecer que la conducta del delito de autocapacitación terrorista, como se ha podido apreciar a lo largo de este estudio, resulta, cuanto menos, controvertida. Más aún si tenemos en cuenta la interpretación que el propio Tribunal Supremo, que junto con la Audiencia Nacional aplican a la hora de juzgar esta conducta.

¹⁰⁶² ORTOS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho ...*, Op. Cit., p. 218.

¹⁰⁶³ Vid. PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista...*, Op. Cit., p. 177.

Como ya se dijo en el anterior Capítulo (Capítulo VI), dicha interpretación no se ajusta a derecho, en primer lugar, porque no respeta la propia literalidad del precepto, ya que se sustituye el concepto original de “capacitación” por aquel interpretativo “adoctrinamiento” o “radicalización”; en segundo lugar, porque contradiría a gran parte de los principios político-criminales y a las garantías y Derechos Fundamentales.

Sin embargo, dicha conducta desde este punto de vista, tampoco debería tener mucho recorrido en el proceso penal. Como se ha demostrado en este Capítulo, la conducta es compatible con los requisitos de una causa de justificación que el propio Ordenamiento Jurídico ofrece, por lo que la comisión de este “tipo” estaría “permitida”.

La capacitación autónoma no tendría cabida en las causas de justificación de “legítima defensa” o “estado de necesidad”. En primer lugar, porque no cumple con el requisito esencial y más importante: no existe una agresión ilegítima o un conflicto que ponga en riesgo el bien jurídico que, el sujeto que comete el delito de autoadoctrinamiento, pretende “proteger” con su radicalización y posterior comisión de un delito de terrorismo. La falta de este requisito esencial pues, invalida la opción de invocar estas dos causas de justificación para el delito de autoadoctrinamiento.

La única opción que resta resulta ser en el cumplimiento de un deber, oficio o cargo, o bien, en el ejercicio de un derecho. Ya se ha podido observar que, en el Ordenamiento Jurídico actual, en ninguna profesión o cargo se estipula el deber de capacitarse autónomamente con el fin de cometer un derecho, ni siquiera existe un deber general que lo determine en nuestra normativa.

Ahora bien, resulta bien distinto en el caso del ejercicio de un derecho. De acuerdo con la interpretación que han asumido la AN y el TS, se podría sospechar que se está contradiciendo un derecho, más concretamente el Derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE). De acuerdo con este con este derecho, toda persona podrá adquirir, mantener o rechazar una postura ideológica o religiosa de acuerdo con su voluntad, lo que se contrapone a la doctrina de la AN y el TS.

Debido al carácter de “cláusula abierta” de la causa de justificación conocida como “en ejercicio de un derecho”, se deberá consultar las características y límites de este

para, comparándolo con el caso en concreto (en este supuesto, con el delito de autoadocctrinamiento terrorista), comprobar que la conducta en cuestión queda justificada.

Y no solamente se puede comprobar que el Derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE) en su vertiente interna es la que más se ajusta al supuesto de hecho que interpreta el TS y la AN con respecto al delito del art. 575.2 CP, sea ilimitado, sino que el propio Estado, por medio de sus instituciones y organismos, deberá proteger este derecho de sí mismo, tanto como de terceros. Esto mismo ocurre en el caso de la libertad de religión en su vertiente interna, ya que, siguiendo los esquemas del principio de laicidad del Estado, este no podrá intervenir en el disfrute de la fe, aunque esta sea extremista y no se ajuste a los parámetros del Estado de Derecho, el Estado no podrá intervenir en este goce.

La conducta de autocapacitación terrorista, entendida como lo hacen la AN y el TS, se vería amparada por el ejercicio del derecho del sujeto a poseer un pensamiento, aunque este sea extremo y, por ende, justificada.

Esta conclusión viene a demostrar que, además de no respetar la literalidad del precepto, como tampoco el principio de unidad¹⁰⁶⁴ del Ordenamiento Jurídico español, la conducta quedaría justificada, no pudiendo aplicar una pena a dicha conducta.

La lógica nos lleva a pensar que la interpretación del primer elemento finalístico del tipo subjetivo como “capacitación”, esto es, “hacer a alguien apto, habilitarlo para algo”¹⁰⁶⁵, resulta ser la más acertada. La adopción de la interpretación de “capacitación” podría resultar más acorde con los principios y presupuestos de un Derecho Penal Garantista. De esta manera, el aprendizaje que se corresponde con la “capacitación” ya habría traspasado la fase interna del *iter criminis*, y ya no identificaría como la criminalización del pensamiento.

El Ordenamiento Jurídico posee su propia lógica que le permite avanzar en consonancia con el encaje de todas las piezas que lo componen. La sola disonancia de

¹⁰⁶⁴ MIRAT HERNÁNDEZ, P., “Referencia a las eximentes de estado de necesidad...”, Op. Cit., p. 199.

¹⁰⁶⁵ Definición de “capacitarse”, por la *Real Academia Española* (RAE), en (última visita: 23/08/2019): <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>

una de estas piezas desequilibraría el sistema, poniendo en peligro incluso la propia Democracia. En consecuencia, la conducta recogida en el art. 575.2 CP debería referirse como “delito de autocapacitación terrorista” e interpretarse de la manera más literal y restrictiva posible, de lo contrario no se posibilitaría “su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la información”¹⁰⁶⁶.

Resulta inaceptable que en un Estado de Derecho el pensamiento tuviera que constituir un delito, de lo contrario estaríamos comenzando un camino sin retorno a la utopía de 1984 descrita ya por Orwell. El pensamiento pertenece al aspecto más íntimo del sujeto, constituye la propia esencia de este, por lo que se identifica y se diferencia del resto de personas, al igual que lo reconoce como parte de “algo”, por lo que priorizar seguridad por encima de la propia libertad condenaría al Estado de Derecho a una sociedad controlada por el miedo. Hoy más que nunca, deberíamos atender al consejo que un día nos dejó Benjamin FRANKLIN, “aquellos que están dispuestos a sacrificar su libertad por un poco de seguridad, no merecerán ninguna y, muy probablemente, perderá ambas”¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁶ STS 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO).

¹⁰⁶⁷ FRANKLIN, B., *Votes and Proceedings of the House of Representatives*, Philadelphia, 1756, pp. 19-21.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

PRIMERA. La globalización, fenómeno de reciente aparición, ha traído al ser humano un periodo de prosperidad y avances, especialmente tecnológicos, los cuales han permitido, a su vez, el mayor rango de cobertura democrática de la historia. No obstante, no solo ha portado consigo ventajas, sino que muchas de estas facilidades han sido utilizadas por el crimen en su propio beneficio, creándose la necesidad de proteger nuevos bienes jurídicos o, incluso, buscar nuevos modos de proteger los ya existentes. A esto hay que sumarle distintos fenómenos que han contribuido a la percepción de inseguridad por parte de la sociedad, como se podría destacar la sociedad de riesgo o la transnacionalidad del crimen, del que destaca especialmente el novedoso terrorismo yihadista.

SEGUNDA. Es un hecho que el terrorismo que ha protagonizado las preocupaciones de la sociedad y de la comunidad internacional ha cambiado el modo de entender dicho fenómeno violento, hasta el punto de quedar obsoletos muchos de los protocolos, normas y métodos que se han venido aplicando hasta la fecha para combatir el anterior corte terrorista. Pero el terrorismo yihadista, del que destaca especialmente DAESH, ha revolucionado el *modus operandi* y la forma en la que se relaciona el terrorismo con la realidad. Ante esta situación, en la que una organización terrorista es capaz de recibir millonarias sumas de dinero para su financiación, así como la utilización de medios relativamente accesibles, económicos y de gran tendencia actual, DAESH ha desarrollado una estrategia simple, pero sofisticada, de atraer adeptos a sus filas. Atrás quedan ya los antiguos métodos de ingreso en la banda terrorista, en los que resultaba imprescindible pertenecer, o estar en estrecha relación, con el círculo más privado de los miembros de dicha asociación terrorista; ahora, en cambio, el gran caballo de guerra de DAESH se materializa en Internet.

TERCERA. Aunque la preocupación por la materia se ha hecho patente en distintas sedes a nivel internacional y nacional, en ninguno de estos casos se ha apostado por alternativas de prevención eficaz, promoviendo protocolos de desradicalización o financiando investigaciones o creando organizaciones especializadas en el tema. Al

contrario, todos los esfuerzos se han aunado, en mayor o menor medida, en la represión de esta radicalización, sin que España sea ajena a esta circunstancia. Es de este modo como, en 2015, se introduce en nuestro Código Penal el delito conocido como “autoadocctrinamiento terrorista”, regulado por el art. 575.2 CP. Dicho tipo penal ha sido recibido en un ambiente polémico, siendo rechazado y criticado por la mayor parte de la doctrina penal, y, no solo en España, sino en todos aquellos Estados en los que se ha incluido, entre los que se podría destacar Italia.

CUARTA. Sin embargo, y aun teniendo en cuenta que contraviene buena parte de los principios político-criminales de un Derecho Penal Garantista, se ha realizado una interpretación errónea y desafortunada del elemento subjetivo del tipo, tanto por parte de la doctrina científica como por la doctrina jurisprudencial, afectando a su propia nomenclatura. Como se ha visto en el estudio realizado, la clave de que este delito pueda o no subsistir en un “equilibrio” con los parámetros de un Estado de Derecho, se encuentra en el tipo subjetivo, el cual se caracteriza por ser redoblado, y que consiste, primero, en la capacitación del sujeto para después; y como segunda finalidad del elemento subjetivo cometer delitos de terrorismo. De este modo, se proponen aquí dos alternativas: la destipificación de la conducta conocida como “autoadocctrinamiento terrorista” si se continúa realizando una interpretación errónea del elemento subjetivo, por una parte; o bien, el mantenimiento del precepto en nuestro Código Penal con la sola condición de una interpretación literal del concepto “capacitación”, poniéndolo, a su vez, en relación con la comisión de delitos de terrorismo.

QUINTA. La interpretación de la primera finalidad del elemento subjetivo del art. 575.2 CP como “radicalización” o “adocctrinamiento” en vez de “capacitación”, tal y como se expresa literalmente en el precepto, no deja más opción que proponer su destipificación por sus muchas incongruencias con el sistema penal de garantías. Comenzando con el bien jurídico, el tipo objetivo pone a prueba el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, así como al principio de lesividad. Parece bastante complicado poder imaginar cómo un acceso habitual a cierto contenido yihadista, o bien la posesión de material de la misma naturaleza, pudiera poner en entredicho la seguridad ciudadana de todo un país, especialmente si se piensa que esta persona se mueve en el

espacio de su privacidad más íntima. Y es que, por muchas que resulten las veces en las que el sujeto acceda a este contenido, de acuerdo con la doctrina oscilaría entre tres veces en un periodo no determinado, no se atisba aquí, por lo tanto, un verdadero riesgo al supuesto bien jurídico que se pretende proteger. Para que se apreciase verdaderamente una lesión, aunque sea ínfima, no basta con conductas tan “irrelevantes” como el acceso o la posesión, más cuando el contenido de tal material no se podría calificar de peligroso como podría ser el acceso a información confidencial de grandes empresas o de autoridades estatales, o por nombrar otro ejemplo, la posesión de explosivos o sustancias de gran toxicidad. Además de esto, hay que añadir que la anticipación de la barrera de punibilidad se adelanta tantísimo que incluso podría llegarse a pensar que se estuviera castigando el pensamiento, y no una conducta humana como así lo exigiría la Teoría jurídica del delito. Y es que, la conducta, para que fuera relevante a nivel penal, deberá tener una manifestación en el exterior además de provocar una modificación en la realidad, algo que no cumplirían las conductas de mero acceso o simple posesión.

Entonces, si no se está castigando una conducta y resulta patente esta retrotracción de las barreras de punibilidad, ¿se está efectivamente castigando un pensamiento? Lo que sí se puede afirmar es que no existe ningún bien jurídico a proteger, a menos que fuera una suerte de “moral general”, la cual rechazara el pensamiento radical de la Sharia y de la que comulga el ideario extremista de DAESH. Sin bien jurídico, lo único que se parece proteger es la misma norma, su vigencia, que se podría interpretar como la manifestación del propio Estado y sus instituciones. Aceptando esta premisa, no queda más remedio que calificar que, en este caso, el delito de autoadocctrinamiento adolece de un carácter en común con el Derecho Penal del Enemigo.

SEXTA. La peligrosidad, en la que se basa el Estado como fundamento de la tipificación de esta conducta, no se encuentra siquiera en el objeto del precepto, esto es, aquellos contenidos que “estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. La redacción del precepto tampoco ayuda a su comprensión, lo que degrada el efecto intimidatorio de la propia norma. La escasa calidad en la redacción del precepto, por el cual no resulta sencillo entender a qué se refiere concretamente el legislador, no puede aportar una pauta de comportamiento al sujeto receptor de la norma, por lo que no podrá,

al menos no de un modo intuitivo y sencillo, adaptar su comportamiento a la norma. Con una definición tan amplia y abstracta, el legislador evidentemente pretende poder abarcar el mayor número de supuestos posibles, sin embargo, también se incluirán aquí contenidos que, aunque trataran temas terroristas, no se considerarían como tales. De esta manera, aquel programa televisivo que retransmitiera un video propagandístico de DAESH y publicase el enlace en su propia web, podría considerarse como un material susceptible de ser entendido como objeto del art. 575.2 CP.

SÉPTIMA. Estas imprecisiones del elemento objetivo del tipo no benefician en ningún caso al éxito del cumplimiento de la norma, por muy reprochable que esta sea. Sin una “conducta” clara, la cual se puede confundir con el ejercicio del propio derecho, así como la ambigüedad en lo relativo a qué se puede consultar y qué no, el principio de taxatividad, fragmentariedad y el de seguridad jurídica se verán seriamente afectados. La prevención general no tendrá efecto, si los sujetos no comprenden la norma, especialmente, si la conducta típica coincide con conductas neutrales, no se verán intimidados por ella y, mucho menos, podrán adaptar su propio comportamiento a la legalidad. Una línea tan fina entre lo legal y lo ilícito, cuando además el castigo comprende una pena de privación de libertad de, al menos, dos años, no podría encajar en un Estado de Derecho. De esta manera, se podría llegar a dar un error de tipo e, incluso, un error de prohibición. En primer lugar, un sujeto que quisiera elaborar un artefacto explosivo, por ejemplo, podría consultar este contenido para formarse en la materia. Sin embargo, y como el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP) exige que este aprendizaje se lleve a cabo con el fin de cometer un delito de naturaleza terrorista, la conducta sería atípica. Así, la conducta no reuniría todos los elementos del tipo, faltando el elemento subjetivo de la finalidad de cometer delitos de terrorismo. A la hora de precisar la consecuencia jurídica, carecería de importancia calificar al error de vencible o de invencible pues, como se ha expuesto en este trabajo, el delito de autocapacitación terrorista (art. 575.2 CP) no admite la comisión en modalidad culposa.

OCTAVA. Y es que, como consecuencia de la ambigüedad del precepto obliga al juez determinado a colmar esta carencia de contenido en la definición del concepto. Aquella que constituiría una función exclusiva del poder legislativo, pasa ahora a

ejercerse por parte del poder judicial. La consecuencia de este tipo penal no solo afectaría a principios relativos al Derecho Penal, sino que incluso traspasaría a los elementos más básicos y esenciales de la Teoría del Estado, vulnerando el principio de separación de poderes. No solo sería esta la consecuencia directa de la ambigüedad patente: a este respecto, si el juez concreto debe realizar una interpretación para poder dar una definición efectiva no se estarían usando los mismos parámetros para la generalidad de los individuos, por lo que podría darse una eventual vulneración del principio de igualdad ante la ley. La excesiva subjetividad abre la puerta a una aplicación desigual de la norma.

NOVENA. La difuminación de estos límites confunde la parcela de los pensamientos y de las conductas, no solo en el caso del tipo objetivo, sino que, donde realmente se plantea el problema real es el elemento subjetivo, el cual sería el responsable de esta confusión entre pensamiento y conducta. Si en el tipo objetivo se padecía de una redacción demasiado ambigua, incapaz de ser interpretado de un modo estricto, en el elemento subjetivo se da el caso contrario. El elemento subjetivo del art. 575.2 CP se encuentra redoblado, exigiéndose una doble finalidad: la capacitación del sujeto, por un lado, dirigida esta para cometer delitos de terrorismo, por otro. Dos finalidades que se configuran como *conditio sine qua non* una de otra, por lo que no se podrá dar una sin la otra, a la vez debe desarrollarse siempre dirigida en dirección a la otra. Ahora bien, en este caso, que la interpretación debería ser lo más fiel a la literalidad del precepto, es interpretado del modo más desfavorable posible. Y es que se ha confundido, por parte de la doctrina penal, como por parte de la doctrina judicial, en las que se incluye a la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, el concepto de “capacitación”, con el de “radicalización” o “adoctrinamiento”. Se puede llegar a la conclusión de que capacitación y adoctrinamiento o radicalización no se pueden considerar como sinónimos.

DÉCIMA. Con una simple comparación semántica de los términos se puede llegar a la conclusión de que radicalización (o adoctrinamiento) y capacitación no son sinónimos. Mientras que este último denota un carácter eminentemente objetivo, que además implicaría un proceso de aprendizaje; de los primeros se desprende una naturaleza subjetiva, estrechamente relacionada con el ejercicio de los derechos. Ya se dio cuenta en esta investigación que, la capacitación entraña un proceso de aprendizaje, lo cual

concuera perfectamente con las particularidades del delito conocido como de “autoadocinamiento”, el cual debería comenzar a ser referido como “autocapacitación”. Y es así, el sujeto debe aprender, instruirse o capacitarse para poder cometer un delito de terrorismo, ese y no otro es el afán de su consulta mediante el material de naturaleza terrorista realizado por medio del acceso o de la posesión. Se debe tener en cuenta que, los atentados llevados a cabo por organizaciones terroristas como DAESH tienen su propia “firma” y siguen su propio “protocolo”, para lo cual han facilitado “manuales de instrucciones” publicados en sus revistas online (Dabiq y Rumiya) así como en los videos que elaboran como parte de su propaganda. La capacitación pues, sería la opción más adecuada y menos gravosa para el Estado de Derecho, además de no tener que realizar esfuerzos en elaborar una interpretación próxima al “espíritu de la ley”, sino que se estaría atendiendo a la simple literalidad del texto.

DECIMOPRIMERA. Sin embargo, más allá de lo correcto (y deseable) tanto la jurisprudencia (TS y AN) como la doctrina penal ha optado por una interpretación que no destaca por su compatibilidad con el Estado de Derecho. Interpretar la primera de las finalidades del elemento subjetivo del tipo como “radicalización” o “adocinamiento” implicaría la equivalencia con la punición de un pensamiento y, por tanto, contradiría con el ejercicio de un derecho. En efecto, “radicalización” o “adocinamiento”, son conceptos equivalentes cuyos significados se entienden como “la asunción de ideas, dogmas o doctrinas extremistas”. Ya solo la inclusión aquí del término “ideas” no deja lugar a dudas. El delito recogido en el art. 575.2 CP, bajo esta interpretación, estaría castigando el pensamiento, calificándose entonces, como un Derecho Penal de Autor.

El hecho de que se trate de un ideario extremista, contrario a los principios democráticos y a lo que hay que sumarle el rechazo y desacreditación por parte de la mayor parte de la sociedad, no constituyen argumentos suficientes como para recurrir a su castigo. La pluralidad ideológica, como bien se recoge en el art. 1 de la Constitución Española, representa uno de los valores más preciados y necesarios para la formación de un Estado de Derecho, por lo que sofocando su propio ejercicio significaría aceptar lo contrario de lo que se entiende una Democracia. De hecho, esta parcela ya resulta abarcable por el espectro del ejercicio de un determinado Derecho Fundamental, esto es, el Derecho a la Libertad de Conciencia, Pensamiento y Religión (art. 16 CE).

La titularidad de este derecho tan esencial es universal, no dependiendo siquiera de la consideración de la ciudadanía o la residencia de la persona, ya que se considera un derecho inalienable al ser humano. A este respecto, hay que tener en cuenta también que este derecho se manifiesta en dos vertientes: una interna, la cual no se encuentra restringida por ningún tipo de límite al no salir esta concepción de la esfera más privada de la persona, por un lado; y una externa, que coincide con el espectro del derecho a la libertad de opinión y, por ende, con sus limitaciones, por otro. Empero, la supuesta radicalización o adoctrinamiento que se realiza de forma autónoma se desenvuelve en esta esfera privada que constituye la vertiente interna del derecho a la libertad de conciencia, por lo que es (y así debe ser) completamente indisponible por el *ius puniendi* del Estado. De este modo, no puede concebirse un tipo delictivo que consista en castigar algo tan intangible, privado y, sobre todo, legítimo, como lo es el pensamiento.

DECIMOSEGUNDA. Castigar la asunción de un ideario que se pueda considerar terrorista significa además asumir una culpabilidad que no ha dejado posibilidad de defensa. Esta “presunción de culpabilidad” se constituye como una equivalencia entre “radicalizado” y “terrorista”, teniendo en cuenta además que la pena mínima privativa de libertad se establece en dos años, considerando como muy alta la probabilidad de ingreso en prisión del sujeto por, tan solo, consultar cierto tipo de información. Esta asunción de conceptos radicalizado-terroristas infringe el principio de proporcionalidad de las penas y el derecho a presunción de inocencia, ya que se ha procedido a una inversión de la carga de la prueba, considerada como *probatio diabolica*. La presunción, ahora, no es de inocencia, sino de culpabilidad. Los que apoyan esta interpretación del elemento subjetivo “entienden”, de modo consciente o no, que el sujeto por el (legítimo) hecho de radicalizarse ya se convierte en terrorista, sin haber siquiera expresado sus ideales y, por lo tanto, nunca haber abandonado la fase interna del *iter criminis*. De este modo, se habla de acción “protopreparatoria”, ya ni siquiera existe una preparación punible, sino que se estaría castigando una preparación remota, esto es, la preparación de la preparación, cuya prueba no resulta sencilla.

DECIMOTERCERA. Tanto la Audiencia Nacional, como el Tribunal Supremo han admitido la dificultad añadida que supone acreditar el elemento subjetivo, en particular su primera finalidad, eso sí, no concebida como “capacitación”, sino como “radicalización” o “adoctrinamiento”.

Resulta evidente que, demostrar una condición de pensamiento radical constituye no solo un reto, sino más bien una utopía, ya que la única forma evidente sería poder “entrar” en sus pensamientos que resulte, a día de hoy, al menos, imposible. Por esta razón, la única vía posible teniendo en cuenta recursos y limitaciones recaería sobre la prueba indiciaria. Como su propio nombre indica, la prueba indiciaria se refiere a indicios, y por lo tanto no está vinculada, al menos directamente, a un hecho principal de la causa, sino que se refiere a elementos circunstanciales. Ahora bien, en un mundo que cada vez se mueve más por espacios difusos no es de extrañar que haya aumentado el recurso a esta técnica en sede judicial, lo que no empece para que no se atenga a ciertos límites. En efecto, frente a la prueba indiciaria se encuentra el derecho a la presunción de inocencia y la fuerza que deberá entrañar la actividad probatoria para que esta se desvirtualice. Por supuesto, este tipo de pruebas deberá ir dirigida al resultado, mediando un *iter* lógico entre prueba y prueba, acreditando las sospechas de las que se partían.

Volviendo entonces a las vicisitudes del elemento subjetivo del art. 575.2 CP, tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo están aceptando, uno más que otro, la sola asunción de idearios, dando lugar a afirmaciones tan inadecuadas en un Estado de Derecho como la siguiente: “la mera lectura de los mensajes guardados y remitidos, acredita, no sólo la radicalidad de los mismos, sino, su veloz adoctrinamiento y asunción de los principios y valores del yihadismo radical (...) En el caso, esta finalidad, de dificultosa prueba, está acreditada por el avanzado estado del autoadoctrinamiento alcanzado por (el sujeto), quien había asumido total y plenamente los postulados y fines del Estado islámico”.

La mera “constatación” de que el sujeto ha “asumido total y plenamente los postulados y fines” determinados no resulta suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, no sirve como carga de prueba suficiente. Es más, resulta alarmante que en un Estado de Derecho un Tribunal estatal considere que estas circunstancias basten como para cumplir un elemento del tipo y que, consecuentemente, se lleve a confirmar la

comisión del delito. Un Estado de Derecho, como España, no se puede permitir punibilidad del pensamiento la cual descuide los límites del *ius puniendi*.

DECIMOCUARTA. La punibilidad del pensamiento trae consigo consecuencias negativas para la calidad democrática del sistema penal, principalmente se podrían resumir en tres cuando hablamos de la conducta del art. 575.2 CP en concreto. Que se está ante un Derecho Penal de Autor, que no se respeta el principio de responsabilidad por el hecho por el que se hace posible el principio de *cogitationis poenam nemo patitur*, y la asunción de un Derecho Penal del Enemigo.

DECIMOQUINTA. Como se ha visto, el mantenimiento de esta criticable interpretación de la primera finalidad del elemento subjetivo contradice los principios básicos del Derecho Penal.

Para casos de este tipo el sistema penal cuenta con las causas de justificación, en concreto con el ejercicio de un derecho. Y es que, atendiendo al Derecho Constitucional, como ya se ha expresado más arriba y en esta tesis, el derecho a la libertad de conciencia es universal, toda persona es titular del mismo, a la vez que es ilimitada en su vertiente interna. Así, sin más precisiones, aunque el sujeto fuera acusado de un delito de autoadotrinamiento terrorista (art. 575.2 CP) y se aplicara la interpretación sostenida por la doctrina, en realidad no tendría recorrido más allá de la ausencia de la antijuricidad, pues el sujeto quedaría justificado por el ejercicio legítimo de un derecho, por muy rechazable y contrario a la generalidad y a los parámetros de un Estado de Derecho que este suponga.

DECIMOSEXTA. Ante la imposibilidad de prescindir de este ilícito penal, habrá que declinarlo por asumir un “mal menor” como un “mal necesario”. De este modo, la única opción posible sería realizar una interpretación estricta de la primera finalidad del elemento subjetivo, esto es, “capacitarse”.

En efecto, una interpretación literal del término “capacitarse” avanzaría la barrera de punibilidad a un momento más adecuado con respecto al *iter criminis* y más en concordancia con los principios político-criminales del Derecho Penal, además de no caer en el error de castigar el “pensamiento”, como ya se ha expuesto en los apartados anteriores y ha quedado patente a lo largo de este estudio. De “capacitarse”, a diferencia de “radicalizarse” o “adoctrinarse”, se deduce que el sujeto comenzará un proceso de aprendizaje en ciertas técnicas o determinados métodos consistentes en cómo llevar a cabo un delito de terrorismo. De este modo, ya no se habla aquí de un pensamiento, sino de un paso más, de una preparación, una consulta, una planificación de la comisión de un delito de terrorismo posterior, lo que, a su vez, denota que el sujeto se encuentra resuelto a perpetrar un delito de naturaleza terrorista.

DECIMOSÉPTIMA. Sin embargo, si se tiene en cuenta todo el elemento subjetivo, no basta con la capacitación, sino que esta se debe dirigir a un objetivo posterior, el cual consistirá en la comisión de delitos de naturaleza terrorista. La capacitación se configura entonces como una *conditio sine qua non*, lo cual, a su vez, se determinaría como un delito mutilado de dos actos. La dirección en la que siempre se debe orientar esta capacitación consiste en la comisión de un delito de terrorismo, no un acto o atentado terrorista concreto, sino en una conducta típica de estas características. La redacción del legislador aquí vuelve a pecar de imprecisa, recogiendo que podrá ser objeto de esta capacitación “cualquier delito tipificado en este Capítulo”, pero ¿cualquier delito de terrorismo precisa de una capacitación propiamente dicha?

Matizo en este sentido lo dispuesto por el legislador penal español. No todo delito de terrorismo, recogido en el Capítulo VII, precisa de un proceso de aprendizaje, como puede ser, por ejemplo, el delito de enaltecimiento y apología del terrorismo (art. 578 CP). De hecho, solo se podrá considerar compatibles con este “aprendizaje”, y por lo tanto ser susceptible de equipararse con la segunda de las finalidades del elemento subjetivo del tipo los delitos contra la vida; contra la libertad e indemnidad sexuales; contra el patrimonio; contra los recursos naturales, el medio ambiente, la salud pública, riesgo catastrófico e incendio; de falsedad documental con fines terroristas; contra la Corona; de atentado y tenencia y depósito de armas, municiones o explosivos; apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de

mercancía (art. 573 CP); informáticos 197 *bis* y *ter* y del 264 al 264 *quater*; de tenencia, depósito, fabricación, tráfico y empleo de armas y de aparatos o sustancias explosivas o inflamables (art. 574 CP); de financiación de terrorismo (art. 576 CP); de colaboración con grupo u organización terrorista (art. 577 CP), aunque solo en lo referente a la “organización de prácticas de entrenamiento o la asistencia a ellas, la prestación de servicios tecnológicos”, así como también la capacitación activa del art. 577.2 CP.

DECIMOCTAVA. De la anterior conclusión se debe deducir una característica más de la primera de las finalidades. Y es que la “capacitación” se compone de dos factores: uno objetivo y otro subjetivo, los cuales deberán darse para que se pueda hablar de cumplimiento del elemento subjetivo y consecuentemente de la comisión del delito.

Por una parte, el sujeto tendrá que capacitarse en el plano teórico de cómo realizar los pasos necesarios para la comisión del delito, esto es, en el caso de que deseara atentar mediante la colocación de un artefacto explosivo deberá consultar e instruirse en la fabricación de este artefacto. Esto es lo que se correspondería con la “capacitación subjetiva”.

Por otra parte, no solo bastará con aprender las “instrucciones” precisa para la comisión del delito de terrorismo que tenga el sujeto en mente. Además, deberá gozar de una “habilidad” para completar el proceso de instrucción y la parte manual o práctica de este proceso de aprendizaje. Siguiendo con el mismo ejemplo, el sujeto deberá reunir la pericia o las condiciones físicas suficientes que demanda la fabricación de una bomba, ya que, si no se posee esta habilidad, aunque se siga las instrucciones se podría dar el caso de que esta no funcionase correctamente.

Sin una concepción de las instrucciones junto con la debida pericia para llevarlas a la práctica no se podrá dar por cumplido con la primera finalidad del elemento subjetivo.

DECIMONOVENA. Tanto la capacitación, como la consecuente perpetración del delito terrorista que se trate, adolecen de gran dificultad, aunque esta acción sea simple ya que incluso la más sencilla de ellas deberá ser desarrollada conforme a las

instrucciones precisas de DAESH, siguiendo una simbología y una metodología que sirven como su propia firma e identidad. De todo esto se deduce que, en efecto, este delito no admite una modalidad culposa, sino que el dolo deberá estar presente en cada uno de los elementos del tipo.

VIGÉSIMA. Ante el afán regulador del legislador, espoleado por un populismo punitivo exacerbado no cabe un comportamiento pasivo, por el que se pongan en riesgo e incluso se pierdan los principios y valores del Estado que sirven de identidad a la Democracia más básica. Solamente mediante el respeto a los Derechos Fundamentales y a los principios político-criminales tiene sentido la tipificación de conductas que atenten contra bienes jurídicos realmente relevantes. Solamente mediante el mantenimiento de los derechos y del sistema de garantías se podrá hablar de seguridad y Democracia.

Sin embargo, y a pesar de todos los problemas e incompatibilidades que presenta el delito de autocalificación terrorista (art. 575.2 CP), no hay que olvidar que se trata de un mandato de Europa, más concretamente por la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017. De este modo, las obligaciones asumidas con la Unión Europea hacen irrealizable la posible destipificación de esta conducta.

CONCLUSIONI

CONCLUSIONI

PRIMA. La globalizzazione, fenomeno di recente affermazione, ha portato all'essere umano un periodo di prosperità e progressi, specialmente tecnologici, i quali hanno permesso, allo stesso tempo, una maggiore qualità democratica nella nostra storia. Nonostante questo, non solo ha portato dei vantaggi, ma tanti di questi benefici hanno fatto in modo che si aprisse la strada alla necessità di proteggere nuovi beni giuridici o, al più, di trovare dei nuovi modi di proteggere quelli che già esistevano. A questo, si devono aggiungere diversi fenomeni che hanno contribuito alla percezione di insicurezza per la società, come accade per le attività legate alla “società del rischio” o alla transnazionalità del crimine, rendendosi uno dei protagonisti principali il nuovo terrorismo yihadista.

SECONDA. È un dato di fatto che il terrorismo sia diventato protagonista delle preoccupazioni della società e della comunità internazionale, modificando il modo di valutare questo fenomeno violento, fino al punto di rimanere obsoleti tanti dei protocolli, norme e metodi che sono stati applicati fino al momento attuale per combattere il terrorismo del passato. Però il terrorismo yihadista, del quale si riconosce principalmente DAESH, ha rivoluzionato il *modus operandi* e il modo in cui si relaziona il terrorismo rispetto alla realtà. Davanti a questa situazione, dove una organizzazione terroristica riesce a guadagnare una grande quantità di soldi per il suo finanziamento, così come fa uso di mezzi relativamente accessibili, economici e di una attualità importante, DAESH ha sviluppato una strategia semplice però sofisticata di attrarre sostenitori nelle sue fila. Ormai sono desueti gli antichi metodi di accesso alla banda terroristica, alla quale appariva imprescindibile dovere appartenere, o avere un rapporto stabile, con il circolo più privato dei membri dell'organizzazione terroristica in questione. Ora, invece, il più importante “cavallo di battaglia” di DAESH si concretizza in Internet.

TERZA. Anche se la preoccupazione per la materia si è consolidata in diversi sedi sia a livello universale, che regionale e nazionale, e in nessuno di questi casi si è scommesso su tecniche alternative di prevenzione, promuovendo protocolli di

d'eradicazione o destinando dei fondi per la ricerca o la creazione di organizzazioni specializzati in questa materia. Al contrario, tutti quanti gli sforzi si sono aggiunti, con maggiore o minore forza, per la repressione di questo indottrinamento, senza che la Spagna sia estranea a questa circostanza. Così, nel 2015 si introdurre nel Codice Penale spagnolo il reato conosciuto come “indottrinamento terrorista”, regolato dall' art. 575.2 CP. Questa fattispecie è stata mal recepita ed è stata oggetto di critiche, essendo rifiutata e criticata dalla maggiore parte della dottrina penale, e, non soltanto in Spagna, ma anche in tutti quanti gli Stati in cui è stata inclusa, tra questi l'Italia.

QUARTA. Ciò nonostante, si deve tener presente che si contraddicono molti dei principi politico-criminali del Diritto Penale garantista, nel momento in cui si procede ad una interpretazione erronea dell'elemento soggettivo della fattispecie penale, sia da parte della dottrina penale sia della giurisprudenza, influenzando anche sulla propria nomenclatura. Come si è visto in questo studio, la chiave per capire se effettivamente questo delitto possa o non mantenersi in “equilibrio” con i valori di uno Stato di Diritto, si trova nell'elemento soggettivo, il quale si caratterizza per essersi raddoppiato, e consistere, prima, nell' indottrinamento del soggetto e dopo, quale seconda finalità dell'elemento soggettivo, nella commissione un reato di terrorismo. In questo modo, si proporranno qua due alternative: la depenalizzazione della fattispecie conosciuta come “indottrinamento terrorista autonomo”, attraverso la corretta qualificazione dell'elemento soggettivo rilevante, da una parte; oppure, il mantenimento della fattispecie nel nostro Codice Penale con la sola condizione di una interpretazione letterale del concetto di “addestramento”, ponendolo allo stesso tempo in relazione con la commissione dei delitti di terrorismo.

QUINTA. L'interpretazione della prima finalità dell'elemento soggettivo del art. 575.2 CP come “radicalizzazione” o “indottrinamento” invece di “addestramento”, come espressa in modo letterale nella fattispecie, non lascia altre opzioni che proporre la sua decriminalizzazione per tutte le contraddizioni con il sistema penale garantista. Iniziando dal bene giuridico, infatti, l'elemento oggettivo mette a prova il principio di esclusiva protezione dei bene giuridici, così come il principio di offensività. Sembra molto complicato immaginare come un accesso abituale ad un certo contenuto yihadista, oppure il possesso di materiale della stessa natura, possa mettere a rischio la sicurezza cittadina

di tutto un Paese, specialmente se si pensa che questa persona agisce nella sua sfera privata più intima. Così, anche se sono tante le volte in cui il soggetto accede a questo contenuto (che secondo la dottrina sarebbero tre volte in cinque anni), non si intravede qua, quindi, un vero rischio per il presunto bene giuridico che si pretende proteggere. Per stimare veramente una lesione, anche se sia di scarsa rilevanza, non bastano comportamenti così “irrilevanti” o indifferenti per il diritto penale, come l’accesso o il possesso di materiale, soprattutto quando il contenuto di questo materiale non si potrebbe qualificare di per sé come pericoloso, come potrebbe essere, per esempio, con l’accesso ad informazioni confidenziali di imprese importanti oppure di autorità statali, o anche con il possesso d’esplosivi o sostanze tossiche. Inoltre, a questo si deve aggiungere che l’anticipazione della soglia di punibilità si antepone così tanto che sarebbe anche possibile pensare che si stia punendo il solo pensiero, e non una condotta umana come così lo esige la Teoria Giuridica del Delitto. Pertanto, la condotta, con il fine di considerarla rilevante ad un livello penale, dovrà manifestarsi nella realtà, all’esterno, e in più deve provocare una modificazione nel mondo reale, cosa che non si osserva delle condotte di mero accesso o semplice possesso.

Inoltre, se non si sta punendo una condotta ed è consolidata questa anticipazione delle barriere di punibilità, si sta effettivamente punendo un pensiero? Quello che si può affermare è che non esiste nessun bene giuridico da proteggere, a meno che fosse una specie di “morale generale”, la quale rifiuta il pensiero radicale della “Sharia” e di quella che condivide la corrente di pensiero estremista di DAESH. Senza bene giuridico, l’unico che sembra si protegga è la propria norma, la sua vigenza, che potrebbe essere interpretata come la manifestazione del proprio Stato e delle sue Istituzioni. Accettando questa premessa, non rimane un’altra alternativa che considerare, in questo caso, il reato d’indottrinamento terrorista autonomo come un qualcosa che ha un carattere in comune con Diritto Penale del Nemico.

SESTA. La pericolosità, sulla quale si basa lo Stato come fondamento della tipizzazione di questa condotta, non si trova neanche nell’oggetto del precetto, che si caratterizza per quei contenuti che “siano rivolti o siano idonei ad incitare all’incorporazione in una organizzazione o gruppo terrorista, o a collaborare con alcuni di essi o con i loro fini”. Il contenuto del precetto neppure aiuta alla sua comprensione, e

conseguentemente degrada l'effetto intimidatorio della propria norma. La scarsa qualità nella redazione del precetto, per il quale non risulta semplice capire a cosa si riferisca concretamente il legislatore, non può fornire un modello di comportamento al soggetto destinatario della norma, che quindi non potrà, almeno non in un modo intuitivo e semplice, adattare il suo comportamento al precetto. Con una definizione così ampia ed astratta, il legislatore evidentemente pretende di abbracciare il maggior numero di ipotesi possibili, ciò nonostante, si includeranno qui contenuti che, anche se trattassero questioni terroristiche, non si considererebbero tali. In questo modo, quel programma televisivo che trasmetta un video propagandistico di DAESH e pubblichi il link nella sua pagina web, potrebbe considerarsi come un materiale suscettibile di costituire oggetto dell'art. 575.2 CP.

SETTIMA. L'assenza di tassatività dell'elemento oggettivo della fattispecie non favoriscono in nessun caso il successo nel rispetto della norma, per quanto riprovevole essa sia. Senza una "condotta" chiara, la quale si può confondere con l'esercizio di un diritto (anche come l'ambiguità riguardo a cosa si può consultare e cosa no), il principio di tassatività e determinatezza e quello di certezza giuridica risultano essere seriamente colpiti. La prevenzione generale non avrà effetto se i soggetti non comprendono la norma, specialmente se la condotta tipica coincide con condotte neutrali, non saranno intimoriti per la norma nè, tantomeno, potranno adattare il proprio comportamento alla legalità. Una linea così sottile tra quello che è legale e quello che è illecito, quando inoltre la punizione comprende una pena di privazione della libertà per almeno due anni, non sarebbe compatibile con uno Stato di Diritto, dato che potrebbe essere considerato come una forma di arbitrarietà. Così, si assisterebbe ad un errore sul precetto. In primo luogo, un soggetto che volesse elaborare un artefatto esplosivo, per esempio, potrebbe consultare questo contenuto per addestrarsi nella materia. Nonostante questo, e come il reato di "indottrinamento terrorista autonomo" (art. 575.2 CP) esige, questo apprendimento dovrà essere svolto col fine di commettere un delitto di natura terroristica, al contrario la condotta sarebbe atipica. Così, il soggetto non riunirebbe tutti gli elementi della fattispecie, mancando l'elemento soggettivo della finalità di commettere delitti di terrorismo. Al momento di comprendere l'effetto giuridico, perderebbe d'importanza qualificare l'errore come battibile o non battibile perché, come si è detto in questa tesi, il

delitto di “indottrinamento terrorista autonomo” (art. 575.2 CP) non ammette la commissione in modalità colposa.

OTTAVA. Così, a causa dell’ambiguità del precetto, il giudice si vede costretto a colmare quella carenza di contenuto nella definizione del concetto. Quella funzione, che costituisce una funzione esclusiva del potere legislativo, passa ora ad essere esercitata dal potere giudiziario, rappresentato dalla figura del giudice. La conseguenza di questa fattispecie non solo colpirebbe i principi relativi al Diritto Penale, ma andrebbe anche oltre agli elementi di base ed essenziali della Teoria dello Stato, violando il principio di separazione dei tre poteri. Questa non sarebbe la sola conseguenza diretta della ambiguità. Così, se il giudice concreto deve fornire una interpretazione per potere dare una definizione effettiva non si starebbero utilizzando gli stessi parametri per la generalità dei soggetti, quindi si configurerebbe una eventuale lesione del principio di uguaglianza davanti alla legge. La eccessiva soggettività apre la porta ad un trattamento troppo disuguale della norma e, pertanto, anche riguardo all’applicazione di questa.

NONA. La poca concretezza di questi limiti confonde la zona del pensiero e quella della condotta, non solo nel caso del tipo oggettivo, ma anche nel caso dell’elemento soggettivo, che è dove si incontra veramente il problema. Se nel tipo oggettivo si presentava un problema di poca concretezza nella redazione, nella quale non si riesce a dare un’interpretazione ristretta, nell’elemento soggettivo è il caso contrario. L’elemento soggettivo dell’art. 575.2 CP si raddoppia, perseguendo una doppia finalità: da un lato, l’addestramento del soggetto, e dall’altro, che questa sia volta a commettere reati di terrorismo. Due finalità che si configurano ognuna come *conditio sine qua non* dell’altra, e quindi non si potrà avere una senza l’altra, allo stesso tempo deve sempre essere sviluppato l’uno nella direzione dell’altra. Ma, in questo caso, nel quale l’interpretazione dovrebbe essere il più fedele alla lettera del precetto, invece è interpretato nel modo più sfavorevole possibile. Il problema è che si è confuso, sia per la dottrina penale come per la dottrina giudiziale (inclusi l’Audiencia Nacional e il Tribunal Supremo), il concetto di “addestramento” con quello di “radicalizzazione” o “indottrinamento”. Con una semplice riflessione si può arrivare a capire che addestramento ed indottrinamento o radicalizzazione non si possono considerare sinonimi.

DECIMA. Con una semplice comparazione semantica dei termini si può arrivare alla conclusione che radicalizzazione (o indottrinamento) e “addestramento” non sono sinonimi. Allo stesso tempo, questo denota un carattere eminentemente oggettivo, che poi comporterebbe un processo di apprendimento; dei primi si evince una natura soggettiva, intimamente relazionata all’esercizio dei diritti. Ormai si è chiarito che, l’addestramento comporta un processo d’apprendimento, il quale concorda perfettamente con le particolarità del delitto conosciuto come “indottrinamento terrorista autonomo”, che dovrebbe iniziare ad essere chiamato reato di “addestramento terrorista autonomo”. Ed è così, il soggetto deve imparare, istruirsi o addestrarsi per riuscire a commettere un reato di terrorismo, questo e non altro è il fine della consultazione mediante il materiale di natura terrorista realizzato per mezzo dell’accesso o del possesso. Si deve prendere in considerazione che, gli attentati perpetrati da organizzazioni terroristiche come DAESH hanno la loro propria “firma” e seguono il loro particolare “protocollo”, per il quale hanno fornito “manuali d’istruzione” pubblicati nelle loro riviste online (DABIQ e RUMIYAH) così come i video che elaborano come parte della loro propaganda. l’addestramento poi, sarebbe l’opzione più adeguata e meno lesiva per lo Stato di Diritto, non dovendo comportare sforzi per elaborare una interpretazione prossima “allo spirito della legge”, ma che si attende alla literalità del testo.

UNDICESIMO. Ad ogni modo, al di là di ciò che è corretto (e desiderabile) tanto la giurisprudenza (TS e AN) quanto la dottrina penale hanno optato per una interpretazione che non si distacca per compatibilità con lo Stato di Diritto. Qualificare la prima delle finalità dell’elemento soggettivo della fattispecie come “radicalizzazione” o “indottrinamento” implicherebbe l’equivalenza con la punizione di un pensiero. Quest’ultimo, pertanto, coinciderebbe con l’esercizio di un diritto. Infatti, “radicalizzazione” o “indottrinamento” sono concetti equivalenti i cui significati si intendono come “assunzione d’idee, dogma o dottrine estremiste”. È sufficiente la sola inclusione del termine “idee” per non avere dubbi. Il reato previsto dall’art. 575.2 CP, secondo questa interpretazione, starebbe punendo il pensiero, qualificandosi allora, come Diritto Penale d’Autore.

Il fatto che si tratti di una corrente di pensiero estremista, contraria ai principi democratici, rifiutata e screditata dalla maggior parte della società, non costituisce argomento sufficiente per ricorrere alla sua perseguibilità. La pluralità ideologica, così come espressa nel art. 1 della Costituzione Spagnola, rappresenta uno dei valori più preziosi e necessari per la formazione di uno Stato di Diritto, al punto che impedirne l'esercizio significherebbe intendere il contrario di ciò che significa Democrazia. Così, quest'ambito comprende l'esercizio di un concreto diritto fondamentale, ovvero, il diritto fondamentale alla libertà di coscienza, pensiero e religione (art. 16 CE).

La titolarità di questo diritto così importante è universale, non dipende nemmeno della cittadinanza o dalla residenza della persona, perché si considera un diritto inalienabile dell'essere umano. Al riguardo, si deve tenere conto che questo diritto si manifesta in due versanti: quello interno, che non è possibile restringere per nessun tipo di limite perché si trova nella sfera più intima della privacy di una persona, da un lato; e quello esterno, il quale coincide con lo spettro del diritto alla libertà di opinione e, conseguentemente, con le sue limitazioni, dall'altro lato. Tuttavia, la presunta radicalizzazione o indottrinamento che si realizza in maniera autonoma si svolge in questa sfera privata che costituisce il versante interno del diritto alla libertà di coscienza, essendo (come deve essere) completamente indisponibile per lo *ius puniendi* dello Stato. In questo modo, non si può concepire come una fattispecie delittuosa che consiste nel punire qualcosa di così immateriale, privato e, soprattutto, legittimo, com'è il pensiero.

DODICESIMO. Punire un modo di pensare, anche qualora si consideri legato alla ideologia terroristica, significa inoltre prevedere una colpevolezza senza alcuna possibilità di difesa. Questa “presunzione di colpevolezza” si costruisce come una forma di equivalenza tra “radicalizzato” e “terrorista”, prendendo in considerazione anche che la pena minima di privazione di libertà ammonta a due anni, e quindi la probabilità d'entrare in prigione è molto alta, e ciò solo per aver consultato un certo tipo d'informazione. Questa equivalenza tra i concetti “radicalizzati-terroristi” viola il principio di proporzionalità della pena ed il diritto alla presunzione d'innocenza, in quanto si è prodotta una inversione dell'onere della prova, considerata come *probatio diabólica*. La presunzione, ora, non è d'innocenza, ma di colpevolezza. Quelli che sostengono questa interpretazione dell'elemento soggettivo “intendono”, in modo

consapevole o meno, che il soggetto per il (legittimo) fatto di radicalizzarsi diventa un terrorista, senza nemmeno avere espresso le sue idee e, pertanto, aver affrontato la fase interna dell'*iter criminis*. In questo modo, si parla d'azione "proto-preparatoria", perché non esiste nemmeno una preparazione punibile, ma sarebbe la punizione di una preparazione remota, cioè, la preparazione della preparazione, la cui prova non risulta semplice.

TREDICESIMO. Sia la Audiencia Nacional sia il Tribunal supremo hanno ammesso che esiste una particolare difficoltà nel dimostrare l'elemento soggettivo, in specie la sua prima finalità intesa come "radicalizzazione" o "indottrinamento" e non come "addestramento".

Risulta evidente che dimostrare l'esistenza e l'attualità di un pensiero radicalizzato non appare essere solo una sfida, ma anche una utopia, perché l'unico modo certo di farlo sarebbe poter "entrare" nel pensiero del soggetto; ciò attualmente è ancora impossibile. Per questa ragione l'unica via possibile sarebbe ricorrere alla prova indiretta. Come il suo nome indica, la prova indiretta si riferisce ad indizi e, quindi, non si trova legata, almeno direttamente, ad un fatto principale della causa, ma si riferisce ad elementi circostanziali. Tuttavia, in un mondo che si sviluppa su spazi immateriali non è raro il ricorso alla prova indiretta in sede giudiziale, cosa che semplifica l'elusione dei limiti imposti dal rispetto dei principi del diritto penale costituzionalizzato. Infatti, la prova indiretta dovrebbe trovare luogo insieme alla presunzione d'innocenza che impone di potere condannare solo quando la prova sia in grado di dimostrare la colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio. Ovviamente, questo tipo di prove dovrà essere diretta al risultato, mediante un *iter* logico tra le prove, accreditando i sospetti dai quali si parte. Ritornando allora alle vicende dell'elemento soggettivo dell'art. 575.2 CP, sia per l'Audiencia Nacional sia per il Tribunal Supremo stanno accettando come riscontro di questa prova indiretta, uno più intensamente dall'altro però, la sola assunzione del pensiero di una corrente ideologica estremista. Così, si è dato luogo a espressioni molto inadeguate per un Stato di Diritto come la seguente: "la semplice lettura dei messaggi conservati e spediti, accredita, non solo la radicalità degli stessi, ma, il suo veloce indottrinamento e assunzione dei principi e valori dello jihadismo radicale (...). In questo caso, questa finalità, di difficile prova, si è accreditata per l'avanzato stato di

indottrinamento autonomo raggiunto (per il soggetto), da chi ha assunto totalmente e pienamente i postulati e fini dell'ISIS".

La semplice "constatazione" che il soggetto abbia "assunto totalmente e pienamente i postulati e fini" determinati non risulta abbastanza per superare la presunzione d'innocenza, l'onere della prova non è adempiuto. Anzi, è veramente allarmante che in uno Stato di Diritto un suo Tribunale statale possa considerare che queste circostanze siano sufficienti a provare l'elemento soggettivo di talchè, conseguentemente, si arrivi ad affermare la commissione del delitto. Uno Stato di Diritto come la Spagna non può permettere la punibilità del pensiero, mettendo a rischio i limiti del *ius puniendi*.

QUATTORDICESIMA. La punibilità del pensiero porta con sé conseguenze negative per la qualità democratica del sistema penale che, in concreto, in merito alla condotta dell'art. 575.2 CP, potrebbero condurre a tre valutazioni. In particolare che: ci si trova di fronte ad un Diritto d'Autore Penale; non è rispettato il principio di responsabilizzazione per il fatto in ossequio al principio *cogitationis poenam nemo patitur*; l'assunzione di un Diritto Penale del Nemico.

QUINDICESIMA. In ogni caso, con l'accettazione di questa criticabile interpretazione della prima funzione dell'elemento soggettivo, non potrebbe prosperare in nessun caso.

Per casi del genere il Diritto Penale contempla le cause di giustificazione che, nel caso di specie, coincide con l'esercizio di un diritto. Secondo la Legge Costituzionale, come già detto, il diritto alla libertà di coscienza è universale e ogni persona è titolare di tale diritto e, allo stesso tempo, è illimitato nel suo elemento interno. Così, senza ulteriori precisioni, anche se il soggetto fosse accusato di un delitto di indottrinamento terrorista autonomo (art. 575.2 CP) e se si applicasse l'interpretazione sostenuta dalla dottrina, in realtà non si andrebbe oltre l'assenza di antigiuridicità, in quanto il soggetto sarebbe giustificato dal legittimo esercizio di un diritto, per quanto riprovevole possa essere e contrario alla generalità e ai parametri di uno Stato di Diritto.

SEDICESIMA. Di fronte a questa impossibilità di prescindere da questa fattispecie di illecito penale, si dovrà optare per accettare l'esistenza di un "male minore" come un "male necessario". Così, l'unica opzione possibile sarebbe assumere una interpretazione restrittiva della prima funzione dell'elemento soggettivo, e cioè "addestrarsi".

Infatti, una interpretazione letterale del termine "addestrarsi" sposterebbe in avanti il confine della punibilità ad un momento più adeguato rispetto all'*iter criminis* e più conforme con i principi politico-criminali del Diritto Penale, oltre a non cadere nell'errore di punire il "l'intenzione" come già affermato nei precedenti paragrafi e come è stato chiarito nel corso di questo studio. Dal termine "addestrarsi", invece che "radicalizzarsi" o "indottrinarsi", si può dedurre che il soggetto inizierà un processo di addestramento in tecniche concrete o metodi particolari che consistono nel porre in essere un delitto di terrorismo. In questo caso, non si parla più di un'intenzione ma di un passaggio ulteriore, di una preparazione, una partecipazione, di una pianificazione della commissione di un successivo delitto di terrorismo che, a sua volta, denota che il soggetto il soggetto è determinato a commettere un crimine di natura terroristica.

DICIASSETTESIMA. Tuttavia, se si prende in considerazione l'intero elemento soggettivo, non è sufficiente l'addestramento ma deve essere altresì indirizzato verso un obiettivo successivo, che sarà la commissione di reati di natura terroristica. L'addestramento si configura allora come una *conditio sine qua non*, e poi, si determinerebbe come un delitto, come è conosciuto in Spagna, "mutilado en dos actos". La direzione in cui questo addestramento dovrebbe sempre essere considerato nella commissione di un crimine terroristico, non è quella di un atto o un attacco terroristico specifico, ma tuttalpiù una condotta tipica con queste caratteristiche. La formulazione del legislatore è ancora una volta imprecisa, affermando che "qualsiasi crimine definito in questo capitolo" può essere oggetto di questo addestramento, quindi qualsiasi crimine terroristico richiede un addestramento nel senso stretto del termine?

A questo proposito, commento le disposizioni del legislatore penale spagnolo. Non tutte le forme di delitto di terrorismo regolato nel Capitolo VII hanno bisogno di un processo d'apprendimento, come può essere, ad esempio, per il reato di apologia del

terrorismo (art. 578 CP). Infatti, si potrà considerare compatibile con questo “apprendimento”, e quindi essere suscettibile di equipararsi con la seconda delle funzioni dell’elemento soggettivo della fattispecie, soltanto i reati contro la vita, contro la libertà e la dignità sessuale; contro il patrimonio, contro le risorse naturali, l’ambiente, la salute pubblica; il pericolo di catastrofe e di incendio; di falsità documentale con fine terroristico; contro la Corona; di attentato e detenzione e deposito di armi, munizioni o esplosivi; il sequestro di aerei, navi o altri mezzi di trasporto pubblico o di merci (art. 573 CP); reati informatici degli artt. 197 *bis* e *ter* e degli artt. 264-264 *quater*; di detenzione, deposito, fabbricazione, traffico ed utilizzo d’armi e d’appartati o sostanze esplosive o infiammabile (art. 574 CP); di finanziamento di terrorismo (art. 576 CP); di collaborazione con un gruppo oppure una organizzazione terrorista (art. 577 CP), benché soltanto riguardo alla “organizzazione di pratiche d’allenamento o l’assistenza a quelle, la prestazione di servizi tecnologici”, così come l’addestramento attivo del art. 577.2 CP.

DICIOTTESIMA. Si deve dedurre allora una ulteriore caratteristica in relazione alle funzioni dell’elemento soggettivo. L’“addestramento” si compone infatti di due fattori: uno oggettivo ed uno soggettivo, i quali devono coesistere affinché sussista l’elemento soggettivo e, conseguentemente, la consumazione del delitto.

Da un lato, il soggetto dovrà essere addestrato alla teoria di come eseguire i passi necessari per la commissione del reato, ad esempio, se desidera effettuare un attacco piazzando un ordigno esplosivo, dovrà consultarsi ed essere istruito nella fabbricazione di tale ordigno. Ciò corrisponderebbe ad un “addestramento soggettivo”. Dall’altro, non sarà sufficiente apprendere le precise “istruzioni” per la commissione del reato di terrorismo che il soggetto ha in mente, ma dovrà altresì possedere la “capacità” di completare il processo di istruzione e la parte manuale o pratica di questo processo di apprendimento. Continuando con lo stesso esempio, il soggetto dovrà riunire le competenze o le condizioni fisiche necessarie per la fabbricazione di una bomba, considerato che senza queste abilità, anche seguendo le istruzioni, la bomba potrebbe non funzionare correttamente. Senza la combinazione delle istruzioni e delle competenze adeguate per la loro esecuzione, non si può presumere che la prima funzione dell’elemento soggettivo sia soddisfatta.

DICIANNOVESIMA. Sia la preparazione che la conseguente perpetrazione del delitto di terrorismo di cui si parla, si caratterizzano per essere particolarmente complesse, poiché anche la più semplice di queste azioni dovrà essere sviluppata conformemente alle precise istruzioni di DAESH, seguendo una simbologia ed una metodologia che fungono da sua firma ed identità. Ne consegue che questo reato non ammette una modalità di commissione in forma colposa, ma che il dolo dovrà essere sempre presente in ognuno degli elementi tipici del reato.

VENTESIMA. Di fronte all'impegno normativo del legislatore, fomentato per un esacerbato populismo punitivo, non si può accettare un comportamento passivo, a causa del quale si metterebbero a rischio e si perderebbero i principi ed i valori dello Stato, che identificano la più elementare forma di Democrazia. Soltanto mediante il rispetto dei diritti fondamentali e dei principi politico-criminali ha senso tipicizzare condotte che minacciano l'offesa a beni giuridici rilevanti. È solo con l'osservanza dei diritti e del sistema di garanzie che si potrà parlare di sicurezza e Democrazia.

Inoltre, nonostante sino tanti i problemi e le incompatibilità che presenta il delitto del art. 575.2 CP, non si deve dimenticare che si tratta di un mandato europeo, in particolare della dalla Direttiva (UE) 2017/541 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 marzo 2017. Per questa ragione gli obblighi assunti con l'Unione Europea rendono irrealizzabile la possibile eliminazione di questo reato del Codice Penale.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, M.A., “Acerca de la teoría de bienes jurídicos”, en *Revista Penal*, n. 18, 2016.

AGUDO FERNÁNDEZ, E. / JAÉN VALLEJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L., *Terrorismo en el Siglo XXI: La respuesta penal en el escenario mundial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

AGUERRI, J.C., “Del “terrorista” al “radical”: los delitos de subjetividad en el Código Penal español”, en *Revista Crítica Penal y Poder*, n. 13, 2017.

AGUILAR FRANCO, A., “Las menciones a los países occidentales en ‘Dabiq’ y ‘Rumiyah’”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2018, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2018/DIEEE034-2018_Menciones_Paises_Occidentales_Dabiq_y_Rumiyah_AlbaAguilar.pdf

AINS-GALENDE, A., *Del fundamentalismo al terrorismo fundamentalista. ¿Es el 11-M un caso de terrorismo fundamentalista?*, Ed. Universidad de Almería, Almería, 2011.

ALASTUEY DOBÓN, C., “Discursos del odio y negacionismo en la Reforma del Código Penal de 2015”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 18-14, 2016.

ALBRECHT, P. A., “El Derecho Penal en la intervención de la política populista”, en ROMERO CASABONA, C. M. (Dir.), *La insostenible situación del Derecho Penal*, Ed. Comares, Granada, 2000.

ALCÁCER GUIRAO, R., “Discurso del odio y discurso político: En defensa de la libertad de los intolerantes”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 14-02, 2012.

— : *¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber?*, Ed. Atelier, Barcelona, 2003.

ALEXY, R., *El concepto y la validez del Derecho*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2004.

ALI, O. / MILSTEIN, G. / MARZUK, P.M., “The Imam’s Role in Meeting the Counseling Needs of Muslim Communities in the United States” en *Psychiatric Services*, vol. 56, n. 2, Febrero 2005.

ALONSO ÁLAMO, M., “Delito de conducta reiterada (delito habitual), habitualidad criminal y reincidencia”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords), *Estudios Penales en recuerdo del Profesor Ruíz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

ALONSO MARCOS, A., “Terrorismo, Yihadismo y crimen organizado en la estrategia global de seguridad de la UE”, en *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n. 42 (Octubre / October 2016).

ALONSO PASCUAL, R., “Procesos de radicalización y reclutamiento en las redes de Terrorismo Yihadista”, en *Cuadernos de Estrategias: La inteligencia, factor clave frente al terrorismo internacional*, n. 141.

ALONSO RIMO, A., “¿Impunidad general de los actos preparatorios? La expansión de los delitos de preparación”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, octubre 2017.

— : “Los nuevos delitos de ¿Desórdenes? ¿Públicos? Especial referencia a los tipos de incitación o de refuerzo de la disposición a delinquir (art. 557.2 y 559CP)”, en *Estudios penales y criminólogos*, vol. 35, 2015.

ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.) / DOPICO GÓMEZ-ALLERM J. (Coord.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

AMBOS, K., “Bien jurídico y harm principle: bases teóricas para determinar la «función global» del Derecho Penal Internacional. Una segunda contribución para una teoría coherente del Derecho Penal Internacional”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 10, julio de 2013.

— : *El Derecho Penal frente a las amenazas externas*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

AMELUNG, K. “El concepto “bien jurídico” en la teoría de la protección penal de bienes jurídicos”, en HEFEDEHL, R., *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2007.

ANTÓN MELLÓN, J., *Islamismo yihadista: radicalización y contrarradicalización*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

ANTÓN ONECA, J., “El código penal de 1848 y D. Joaquín Francisco Pacheco”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc/mes 3.

— : “El Código penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, Tomo 23, fasc/mes 2.

— : “Historia del Código penal de 1822”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, tomo 18, fasc/mes 2.

— : “Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código Penal español”, en *Anuario de Derecho Penal*, n. 25, 1972.

ARAGÓ, B., “La yihad mediática”, en *Quaderns de la Mediterrània*, n. 24, 2017.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C., “Derechos Humanos, derechos fundamentales y protección a las víctimas del terrorismo”, en PÉREZ CEPEDA, A. I. (Dir.) / RUÍZ ARIAS, M. (Edit.), *Actas del Seminario Internacional. EL terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Ratio Legis, Salamanca, 2017.

ARMENDÁRIZ LEÓN, C. / MIRAT HERNÁNDEZ, P., *Violencia de género versus violencia doméstica: Consecuencias jurídico-penales. Estudio del título IV de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, Madrid, 2006.

ARROYO ZAPATERO, L., “Lección 7. Derecho Penal y Constitución”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

— “Lección 11. El tipo de injusto doloso”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

ARTEAGA MARTÍN, F., “Medidas antiterroristas de la Unión Europea antes y después del 11-M”, en *Instituto universitario de investigación sobre seguridad interior*, en: http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/VICERRECTORADOS/GERENCIA/IUISI/COLABORACIONES/022%20DOC006-2004.PDF

ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA (APT) Y CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *La tortura en el derecho internacional. Guía de jurisprudencia*, Editado por Centro por la Justicia y el Derecho Internacional / Asociación para la Prevención de la Tortura, Buenos Aires, 2008.

ASÚA BATARRITA, A., “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón: Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Deusto: Magistrado de la Audiencia Provincial de Bizkaia*, Ed. Basaldúa, Bilbao, 2002.

AVILÉS FARRÉ, J., “El terrorismo anarquista como propaganda por el hecho: de la formulación teórica a los atentados de París, 1877-1894 (1)” en *Historia y Política*, n. 21, Madrid, 2009.

- : *El terrorismo en España: de ETA a Al-Qaeda*, Ed. Arco, Madrid, 2010.
- *La daga y la dinamita. Los anarquistas y el nacimiento del terrorismo*, Ed. Tusquets, Barcelona, 2013.
- : “Propaganda por el hecho y regicidio en Italia”, en AVILÉS FARRÉ, J. (Coord.) / HERRERÍN LÓPEZ, Á., *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, 2008.
- : “Terrorismo anarquista y terrorismo yihadí: Un análisis comparativo”, en *Historia y política*, n. 27, enero-junio, 2012.

AVILÉS FARRÉ, J. / HERRERÍN LÓPEZ, Á. (Edits.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Editorial Siglo XXI de España, Madrid, 2008.

AZCONA, J.M., “La pasión revolucionaria y Marxista. El caso de los montoneros en Argentina (1970-1976)”, en *REIB: Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 8, n.1, 2014.

AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., “España en el Consejo de Seguridad. Reflexiones en torno a la Organización de las Naciones Unidas en el Siglo XXI. Estados fallidos, crimen organizado y terrorismo (II)”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 04/2015, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2015/DIEEEA04-2015_OrganizacionNNUU_SigloXXI_SEGUNDAPARTE_FAFM.pdf

BALBO, P., *Il terrorismo: le fattispecie di un reato in evoluzione nelle disposizioni italiane ed internazionali*, Halley Editrice, Matelica, 2007.

BALBUENA PÉREZ, D. E., “Sistema de penas y medidas de seguridad tras las últimas reformas penales en España. Algunas consideraciones a propósito del debate parlamentario sobre la prisión perpetua revisable”, en *Fòrum de Recerca*, n. 16

BALLESTEROS MARTÍN, M. Á., “La estrategia del Daesh a través de su revista Dabiq”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2017, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2017/DIEEEA51-2017_Estrategia_Daesh_Revista_Dabiq_MABM.pdf

— : *Yihadismo*, Ed. La Huerta Grande, Madrid, 2016.

BANDRÉS, J. / LLAVONA, R. / ZUBIETA, E., “La psicología criminal en la Policía de Franco”, en *Psicothema*, vol. 25, n. 1, 2013.

BARTOLI, R., *Lotta al terrorismo internazionale. Tra diritto penale del nemico jus in bello del criminale e annientamento del nemico assoluto*, Ed. G. Giappichelli, Torino, 2000.

BASSU, C., *Terrorismo e costituzionalismo. Percorsi comparati*, Ed. Giappichelli, Torino, 2010.

BECCARIA, C., *De los Delitos y de las Penas*, 2ª Edición, Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1974.

BECK, U. / SABIOTE GONZÁLEZ, M^a. Á., / MELLADO LÓPEZ, Y. (trads), *Vivir en la sociedad del riesgo mundial, Serie Relaciones Dinámicas Interculturales*, n. 8, Ed. CIDOB, Barcelona, 2007.

BELTRANI, S., *Codice Penale: Il reato. Libro 1, art. 39-58 bis*, Ed. Giuffré, Milano, 2010.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., “Lección 1. El Derecho Penal”, en DEMETRIO CRESPO, E / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, Barcelona, 2016.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., / PEREZ CEPEDA, A.I., “Derechos Humanos y Derecho Penal. Validez de las viejas respuestas frente a las nuevas cuestiones”, en *Revista penal México*, n. 1, 2011.

BERMEJO GARCÍA, R., “El derecho de autodeterminación de los pueblos a la luz del derecho internacional”, en *Cuadernos de Alzate: revista vasca de la cultura y las ideas*, n. 46-47, 2013.

BERNARDI, A., “Seguridad y Derecho Penal en Italia y en la Unión Europea”, en *Revista Política Criminal*, vol.5, n. 9, 2010.

BILBAO UBILLOS, J.M., “La negación de un genocidio no es una conducta punible (comentario de la STC 235/2007)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 85, enero / abril, 2009.

BILKOVÁ, V., “Foreign fighters and International Law”, en *Groningen Journal of International Law*, vol. 6 (1): Terrorism and International Law, 2018.

BLANCO CORDERO, I., “Título VI. Delitos contra la libertad. Capítulo I de las detenciones ilegales”, en GÓMEZ TOMILLO, M., (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010.

BOBILLO, F. J., “Constitución y legislación antiterrorista”, en *Revista de Estudios Políticos. Nueva Época*, n. 48, noviembre-diciembre 1985.

BOBILLO MARTÍNEZ, J., “Título XXII. Delitos contra el orden público”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código Penal comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.

BORJA JIMÉNEZ, E. “Globalización y concepciones de Derecho Penal”, en *Revista Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXIX, 2019.

BUENO, G., “El concepto de tortura y de otros tratos crueles, inhumanos o degradantes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Nueva Doctrina Penal*, 2003/B.

BUESA, M., “Arrepentidos y disociados”, en *Libertad digital*, julio de 2013, en: <https://www.libertaddigital.com/opinion/mikel-buesa/arrepentidos-y-disociados-69067/>

BUESA, M. / VALIÑO, A. / HEIJS, J. / BAUMERT, T. / GONZÁLEZ GÓMEZ, J., “Evaluación del coste directo de los atentados terroristas del 11-M para la economía de la Comunidad de Madrid”, en *Instituto de Análisis Industrial y Financiero*, Madrid, 2005.

BUSATO, P. C., “Una crítica a los delitos de posesión a partir del concepto de acción significativa. Conexiones entre el "civil law" y el "common law" en las tesis de Tomás Vives Antón y George Fletcher”, en *Revista penal*, n. 35.

BUSTOS RAMÍREZ, J. J., *Control social y sistema penal*, Ed. PPU, Barcelona, 1987.

— : *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 4ª Edición, Ed. PPU, Barcelona, 1994.

BUSTOS RUBIO, M., *La regularización en el delito de defraudación a la Seguridad Social*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CALLEGARI, A.L., “Crimen organizado: concepto y posibilidad de tipificación delante del contexto de la expansión del Derecho Penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 91, julio-diciembre de 2010.

CALVO GONZÁLEZ, J., “Hechos difíciles y razonamiento probatorio (Sobre la prueba de los hechos disipados)”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, n. 18, 2001, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=257650> .

CAMINOS, J.M. / ARMENTÍA Y FLORA, J.I., “El asesinato de Miguel Ángel Blanco como ejemplo de Key Event en el tratamiento mediático de los atentados mortales de ETA”, en *Revista de Estrategia, Tendencias e Innovación en Comunicación*, n. 6, 2013.

CAMPO MORENO, J. C., *Comentarios a la reforma del Código Penal en materia de terrorismo: la LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— “El terrorismo yihadista: ¿Límites a un Derecho Penal exagerado?, en *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, DE LA CUESTA AGUADO, RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

CANCIO MELIÁ, M., “De nuevo: ¿«Derecho Penal del enemigo»?”, en *Derecho Penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, vol. 1, 2006.

— : “¿«Derecho Penal» del Enemigo?”, en JAKOBS, G / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

— : “El injusto de los delitos de organización: peligro y significado”, en *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n. 74, mayo-agosto 2008.

— : “Internacionalización del Derecho Penal y de la política criminal”, en DIAS, J., *Internacionalização do direito no novo século*, Ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

— : *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*, Ed. Reus, Madrid, 2010.

CANO PAÑOS, M. Á., “El camino hacia la (ciber)Yihad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 20, 2018, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6664141> .

— : “La nueva amenaza terrorista y sus (negativas) repercusiones en el ordenamiento penal y constitucional. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional n. 39/2016, de 30 de noviembre”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 27, en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/09_CANO.htm

— “Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo, *Revista Española de Investigación Criminológica*, Artículo 7, n. 7, 2009.

CANOSA, R., *Storia della criminalità in Italia dal 1946 a oggi*, Ed. Feltrinelli, Milano, 1995.

CARBONEL MATEU, J. C., / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

CARDENAL MONTRAVETA, S., “¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena?”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 17-18, 2015.

CARDONA TORRES, J., *Derecho Penal. Parte Especial. Adaptado a la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Ed. Bosch, Barcelona, 2010.

CARLINI, A., “ISIS: Una nueva amenaza en la era digital”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, diciembre de 2015, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEEO129-2015_ISIS_AmenazaEraDigital_AgneseCarlini.pdf

CARMONA CUENCA, E., “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, n. 84, abril-junio 1994.

CARPIO BRIZ, D., “Capítulo I. Sedición”, en CORCOY BIDASOLO, M, y MIR PUIG, S., *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARUSO FONTÁN, M.V. / PEDREIRA GONZÁLEZ, F., *Principios y garantías del Derecho Penal contemporáneo*, Ed. B de f, Montevideo-Buenos Aires, 2014.

CASANELLAS PEÑADOR, P., “Los últimos zarpazos del Franquismo: el Decreto-Ley sobre prevención del terrorismo de agosto de 1975”, en *Historia del presente*, n. 11, 2008/2, 2ª Época.

CASANOVA, I., *ETA, 1958-2008: medio siglo de Historia*, Ed. Txalaparta, Tafalla, 2007.

CASPISTEGUI, F. J., “Anclajes históricos del terrorismo”, en *Memoria y Civilización*, n. 12, 2009.

CASTELLÍ MONSERRAT, C., “Título XXII. Delitos contra el orden público”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CASTILLO MORO, M., *Miedo, control social política criminal. Una visión multidisciplinar de la seguridad, derechos y libertades*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017.

CELDEÑO HERNÁN, M., “Algunas cuestiones suscitadas en torno al derecho a la presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 10, mayo-agosto, 2000.

CEREZO MIR, J., “Culpabilidad y pena”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 33, fasc. 2, 1980.

— : “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho Penal del riesgo”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 10, 2010.

CERRADA MORENO, “Evolución histórica de la legislación antiterrorista en España: la lucha contra el terrorismo anarquista, el terrorismo subversivo y el terrorismo yihadista”, en *e-Legal History Review*, n. 26, 2018.

CIGÜELA SOLA, J., “Derecho Penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”, en *Isonomia*, n. 43, octubre 2015.

COBO DEL ROSAL, G., “El proceso de elaboración del Código Penal de 1928”, en *Anuario de Historia del Derecho español*, n. 82, 2012.

— : *Tratado de Derecho Procesal Penal español*, Ed. Edita CESEJ. Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, Madrid, 2008

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

COLÁS TURÉGANO, A., “El delito de intrusismo informático tras la reforma del CP Español de 2015”, en *Revista Boliviana de Derecho*, n. 21, enero 2016.

COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo Español*, tomo I, Ed. Calleja, Madrid-Santiago y Lima, 1850.

COMBA, A., “¿Filosofía hegeliana en el Derecho Penal del Enemigo? Distancias entre Günther Jakobs y la filosofía del derecho de Hegel”, en *Anuario de filosofía del derecho*, n. 32, 2016.

CORCOY BIDASOLO, M., “De las organizaciones y grupos criminales”, en CORCOY BIDASOLO, M., / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— : “Problemática jurídico-penal y político-criminal de la regulación de la violencia de género y doméstica”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n. 34, 2010.

CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

CORRAL MARAVER, N., “Capítulo VII. La Guerra Civil española y la Dictadura de Franco. El Código Penal de 1944”, en *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

— : “La II República española y el Código Penal de 1932” en *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

— : “La irracionalidad de la política criminal de la Unión Europea”, en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 4, 2016.

— CORRAL MARAVER, N., *Las penas largas de prisión en España. Evolución histórica y político criminal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

CORSALE, M., *La certezza del diritto*, Ed. Giuffrè, Milano, 1970.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal civil (con Vicente GIMENO SENDRA y Víctor Moreno CATENA)*, Ed. Colex, Madrid, 1997

CRENSHAW, M., “The Causes of Terrorism”, en *Comparative Politics*, vol. 13, n. 4, 1981.

CUERDA ARNAU, M. L., “Adoctrinamiento de jóvenes terroristas y sistema penal”, en DE LA CUESTA AGUADO, P. M. / RUÍZ RODRÍGUEZ, L. R. (Coords.), *Liber amicorum estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan M^a. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— : “Lección XLI. Delitos contra el orden público”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Derecho Penal. Parte Especial*, 5^a Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

CUERDA ARNAU, M. L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., *Adoctrinamiento, adiestramiento y actos preparatorios en materia terrorista*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2019.

DE ASÍS ROIG, R. F., “Libertad ideológica y objeción de conciencia”, en GARRIEBO GÓMEZ, M.I. / BARRANCO AVILÉS, M. C. (Edits.), *Libertad ideológica y objeción de conciencia: Pluralismo y valores en Derecho y Educación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

DE BARTOLOMÉ CENZANO, J.C., *El orden público como límite al ejercicio de los derechos y libertades*, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

DE CASTRO, F., “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad: la defensa de la competencia. El orden público. La protección del consumidor”, en *Estudios jurídicos del profesor Federico de Castro*, vol. 2, 1997.

DE LA CORTE IBÁÑEZ, L., “Algunos malentendidos en torno a los procesos de la radicalización violenta”, en ACOSTA GALLO, P. / ÁLAVA, S. (Edits.), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

— : “¿Qué pueden hacer los Estados europeos para frenar la radicalización yihadista?”, en *Cuadernos de Estrategia. Estrategias para derrotar al DAESH y la reestabilización regional*, n. 180, 2016.

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., *Culpabilidad: exigibilidad y razones para la exculpación*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Legislación antiterrorista en España”, en *SOS Attentats, Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, 2003.

DE LUCAS MARTÍN, F. J., “Tres ideas recibidas sobre terrorismo”, en *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, n. 3, 2008.

DE MARISCAL Y SERRANO, J. G., “Islam, Shari’a, democracia y Derechos Humanos”, en *Jado: boletín de la Academia Vasca de Derecho = Zuzenbidearen Euskal Akademiaren aldizkaria*, año 6, n. 16, 2008.

DEMETRIO CRESPO, E. “Del «Derecho Penal liberal» al Derecho Penal del Enemigo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006.

— : “Lección 13. Tipicidad”, en DEMETRIO CRESPO, E / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coord.), *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 3ª Edición, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal: Parte General*, Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

DI STASIO, C., *Lotta a multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali*, Ed. Giuffrè, Milano, 2010.

DÍAZ BARRADO, C.M., “El marco jurídico internacional de la lucha contra el terrorismo”, en *Cuadernos de Estrategia*, n. 133, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/cuadernos/CE_133_LuchaContraTerrorismoxDchoInternacional.pdf

DÍAZ CREGO, M., “Cuando Parot llegó a Estrasburgo”, en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013.

DÍAZ REVORIO, F.J., “La libertad de pensamiento: un análisis de la jurisprudencia constitucional española y europea”, *Revista iuris et veritas*, n. 34, 2007.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “El bien jurídico protegido en el Derecho Penal garantista”, en *Jueces para la Democracia*, n. 30, 1997.

— : “De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado”, en *Revista brasileira de ciências criminais*, n. 71, 2008.

— : “El Derecho Penal Simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, L. A. / NIETO MARTÍN, A. / NEUMANN, U. (Coords.), *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo: el análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Ed. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003,

— : *La racionalidad de las leyes penales*, Ed. Trotta, Madrid, 2013.

DOMMEN, A.J., *The Indochinese Experience of the French and the Americans: Nationalism and Communism in Cambodia, Laos, and Vietnam*, Ed. Hardcover, Bloomington, 2002.

DONINI, M., “Derecho Penal de lucha. Lo que el debate sobre el Derecho Penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar”, en CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (Coords.), en *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

DORAL, J.A., “La noción de orden público en el Derecho Civil Español”, en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 467, julio - agosto, 1968, Madrid.

EBILE NSEFUM, J., *El delito de terrorismo: su concepto*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1985.

ENRIQUE SERRANO, G., “Derecho y orden social. Los presupuestos teóricos de la teoría jurídica de Carl Schmitt”, en *ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política*, n. 36, enero-junio, 2007.

ERLANDSEN, M., “La Guerra a través de los Medios: Análisis de la estrategia de ISIS sobre su Diplomacia Pública”, en *Columbia Academic Common*, 2016.

ESQUINAS VALVERDE, P. “El tipo de mera posesión de pornografía infantil en el Código Penal Español (art. 189.2 CE): Razones para su destipificación”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 18, 2006.

FARALDO CABANA, P., *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

FASANI, F., *Terrorismo islamico e diritto penale*, Ed. CEDAM, Padua, 2016.

FEAL VÁZQUEZ, J., “Terrorismo internacional” en *Boletín de información*, n. 275, 2002, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4581821>

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J., “Sobre la crisis de la teoría del bien jurídico”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 2, 2008.

— : “¿Transformación del Derecho Penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 16, 2012.

FERNÁNDEZ CABRERA, M., “A vueltas con la función político-criminal del bien jurídico”, en *Foro. Nueva Época*, vol. 9, n. 1, 2016, en: <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/53391/48977>

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, A., “Orden público y seguridad ciudadana. Modificaciones normativas”, en *Revista de Derecho UNED*, n. 17, 2015.

FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A., “Concepto de radicalización. Consecuencias de su uso en el ámbito jurídico penal”, en CUERDA ARNAU, M.L. / FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, A. (Dirs.), *Menores y redes sociales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

FERNÁNDEZ RODERA, J.A., “De la sedición”, en GÓMEZ TOMILLO, M., / JAVATO MARTÍN, A. M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., “La sanción penal de la distribución de pornografía infantil a través de internet: Cuestiones claves”, en *Boletín de la facultad de Derecho de la UNED*, n. 20, 2002.

FERRAJOLI, L., “Criminalidad y globalización”, en *Iter Criminis-Revista de Ciencias penales*, n. 1, 3ª Época, 2009.

— *Derecho y razón. Teoría del garantismo legal*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

— : “El Derecho Penal del Enemigo y la disolución del Derecho Penal”, en *Foro Penal*, n. 69, enero-junio, 2006.

— : “El principio de lesividad como garantía penal”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 79, julio- diciembre 2012.

— : “Guerra y terrorismo internacional. Un análisis del lenguaje político”, en *Anuario mexicano de derecho internacional*, vol. 9, enero 2009.

FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Capítulo II. Instrumentos internacionales en la lucha contra la financiación del terrorismo”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. / PÉREZ CEPDA, A. I. (Dir.), *Financiación del terrorismo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— : “Capítulo XIX. Consecuencias jurídicas del delito (I). La pena. Cuestiones generales”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010

— : “Tema 3. El tipo doloso de acción. El error de tipo”, en ARMENDÁRIZ LEÓN, C. (Dir.) / BUSTOS RUBIO, M., (Coord.), *La teoría jurídica del delito a través del sistema de casos*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010.

FERREIRO GALGUERA, J., “Libertad de conciencia contra legem: criterios del tribunal constitucional en materia de transfusiones”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 9, 2005.

FERRER SANTOS, U., “Hábitos, carácter y personalidad en Husserl”, en *Escritos de filosofía (segunda serie)*, n. 3, 2015.

FICHTE, J. G., *Fundamento del Derecho natural según los principios de la doctrina ciencia (1796-1797)*, traducción de VILLACARIAS BERLANGA / J. L., RAMOS VALERIA, M., / ONCINA COVES, F., Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

FILIPPI, G., “La «legge Cossiga» sull'ordine pubblico”, en *Rivista “il Margine”*, n. 4, 1981.

FOGLIA, M., “El derecho internacional humanitario en la lucha contra el terrorismo post 11-S: debate y perspectivas”, en *Centro Argentino de Estudios Internacionales*, 2003.

FOTIA, D., *Terrorismo... per non adetti ai lavori*, Ed. Nuova Cultura, Roma, 2012.

FRANCISCO BLANCO, D., / CABRERA GALEANO, M., “La prisión permanente revisable: algunas notas”, en *E-prints Complutense*, Madrid, 2015, en: <https://eprints.ucm.es/34696/>

FRANÇOIS, P., “Contraineligencia en Argelia: un punto de vista francés”, en *Military reviews*, enero-febrero 2009.

FRANKLIN, B., *Votes and Proceedings of the House of Representatives*, Philadelphia, 1756.

FREIXES SANJUÁN, T., “Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los sistemas internos de derechos en Europa”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n. 11-12, 1995.

FUENTES OSORIO, J.L., “Formas de anticipación de la tutela penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 8, 2006.

GARCÍA ALBERO, R., “Libro II: Título XII: Cap. VII”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español, tomo II (artículos 234 a DE 7º)*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GARCÍA ARÁN, M. / PERES NETO, L., “Agenda de los medios y agenda política: un estudio del efecto de los medios en las reformas del Código Penal español entre los años 2000-2003”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 1, 2009.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en *Revista de administración pública*, n. 38, 1962.

GARCÍA GARCÍA, R. “El primer Código Penal español de 1822 y su regulación de la religión católica”, en *Revista de Derecho y opinión*, n. 7, 1999.

GARCÍA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 7, 2005.

GARCÍA NOGUERA, I., “Pornografía infantil en internet: principales aspectos de la transposición de la directiva 2011/92/UE”, en *Revista de Internet, derecho y política*, n. 19, octubre 2004.

GARCÍA - PABLOS DE MOLINA, A., *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1978.

— : *Introducción al Derecho Penal*, Ed. Universitaria, Madrid, 2005.

GARCÍA PÉREZ, O., “Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho de presunción de inocencia. Los artículos 483 y 485 CP”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n. 2, año 1993.

GARCÍA PLANAS, G., *El delito urbanístico (delitos relativos a la ordenación del territorio)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

GARCÍA RIVAS, N., *La rebelión militar en el Derecho Penal*, Ed. Universidad de Castilla La Mancha, Villarobledo, 1989.

— “Lección 11. La antijuricidad”, en DEMETRIO CRESPO, E / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords.), *Curso de Derecho Penal, Parte General*, 3ª Edición, Ed. Ediciones Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

— : “Lección 16: Las causas de justificación en el Código Penal Español”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte general (3ª Edición, adaptada a la reforma de 2015 del Código Penal)*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

— : “Lección 20: El error en la teoría del delito”, en DEMETRIO CRESPO, E. / RODRÍGUEZ YAGÜE (Coords.), *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Experiencia, El Masnou (Barcelona), 2016.

GARCÍA-CALVO, C., “El papel de la mujer en la Yihad Global”, en *Revista Occidente*, n. 406, 2015.

— : “Las mujeres del Estado Islámico”, en *Comentario Elcano* 22/2015, 2015, en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/d202158047c9470e91a7bf72bea93c13/Comentario-GarciaCalvo-las-mujeres-del-Estado-Islamico.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d202158047c9470e91a7bf72bea93c13>

GARCÍA-CALVO, C. / REINARES, F., *Estado Islámico en España*, Ed. por Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.

GARCÍA-CALVO, C. / REINARES, F., Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari12-2018-reinares-garciacalvo-analisis-atentados-terroristas-barcelona-cambrils

GARCÍA-CALVO, C. / VICENTE, Á., “Evidencia cuantitativa sobre los entornos y ámbitos de radicalización entre los yihadistas”, en ACOSTA GALLO, P. / ÁLAVA, S. (Edits), *Radicalización violenta en España. Detección, gestión y respuesta*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

GARRIDO FALLA, F., “Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas”, en *Revista de administración pública*, n. 28, 1959.

GASCÓN CUENCA, A., “Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 26, 2012.

GENNARO, P., “Il terrorismo politico e il diritto penale premiale: nuove modalità attraverso cui percorrere la strada alla democrazia”, en *Cammino diritto. Rivista di informazione giuridica*, 2016, en: <https://www.camminodiritto.it/articolosingolo.asp?indexpage=1118>

GENTILE, M.B., “Los efectos del terror Argentina 1976-2003”, en *Tesis Psicológica*, vol. 8, n. 1, enero – junio 2013.

GHOTME, R. A., “La reconducción estratégica de AL-QAEDA: ¿del liderazgo de Osama Bin Laden a la dimensión masiva-popular?”, en *Revista Civilizar*, 11, n. 22, 2012.

GIL GIL, A., “El concepto de intención en los delitos de resultado cortado. Especial consideración del elemento volitivo de la intención”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 6, 2000.

— : “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista»”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, vol. LXVII, 2014.

— : “Lección 10. El delito como acción típica: el tipo subjetivo del delito de acción doloso”, en GIL GIL, A. / LACRUZ LÓPEZ, J.M. / MELENDO PARDOS, M. / NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

GIL, J.M., “La integración del ciberespacio en el ámbito militar”, en *Análisis GESI*, Análisis 35, 2017, en: <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/print/1065>

GIMBERNAT ORDEIG, E., “Justificación y exculpación en Derecho Penal Español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes”, en ESER, A. / GIMBERNAT, E. / PERRON, W. (Edits.), *Justificación y exculpación en Derecho Penal*, Ed. editado por Servicios de Publicaciones. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995.

GIMENO SENDRA, V., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Ed. Ediciones Jurídicas Castillo de la Luna, Madrid, 2015.

GOMÉZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M. (Dirs.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2016.

GONZÁLEZ CALLEJA, E., “Las oleadas históricas de la violencia terrorista: una reconsideración”, en *Revista de Psicología Social*, n. 24 (2), 2009.

— : “Los terrorismos europeos”, en RODRIGO, J. (Coord.), *Políticas de la violencia: Europa, siglo XX*, Ed. Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2014.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. / FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Ed. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, Jaén, 1995.

GONZÁLEZ COLLANTES, T., “¿Sería inconstitucional la pena de prisión permanente revisable?”, en *ReCRIM: Revista de l'Institut Universitari d'Investigació en Criminologia i Ciències Penals de la UV*, n. 9, 2013.

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Comentarios a la reforma penal de 2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— : “El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Coords.), *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

— : “El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del Estado de Derecho: la doctrina del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Penal*, n. 19, 2007.

— : “Las aplicaciones del derecho al conflicto”, en *Reflexiones sobre la evolución del conflicto de Irlanda del Norte*, Colección Seguridad y Defensa, n. 12, Ed. Ministerio de Defensa / Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2007.

GONZÁLEZ MORENO, B., “El tratamiento dogmático del derecho de libertad religiosa y de culto en la Constitución Española”, en *Revista Española de Derechos Constitucional*, año 22, n. 66, sept.-dic 2002.

GORJÓN BARRANCO, M.C., “El cibercrimen político: especial referencia al ciberterrorismo en España”, en PÉREZ CEPEDA, A.I. (Dir.), RUIZ AIRAS, M. (Coord.), *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

GOSH, T. / BASNETT, P., “Analysis of Rumiya Magazine”, en *IOSR Journal Of Humanities And Social Science*, vol. 22, n. 7, ver. 12, July 2017.

GRACIA MARTÍN, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-02, 2005.

GROVES, E.R., “Chapter IV. Habit and social continuity”, en *Personality and social adjustment*, Ed. Longsman, Oxford, 1931.

GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS, F. “Aplicación de la lógica como ciencia en el proceso penal: análisis de la prueba indiciaria”, en *Revista de Derecho Penal*, n. 22, septiembre 2007.

GUTIÉRREZ MOLINA, J., L., *El Estado frente a la anarquía. Los grandes procesos contra el anarquismo español (1883-1982)*, Ed. Síntesis, Madrid, 2008.

HASSEMER, W. “Derecho Penal Simbólico y protección del bien jurídico”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 51, enero de 1991.

— : “Introducción”, en HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

— : “Seguridad por intermedio del Derecho Penal”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

HASSEMER, W. / MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

HAVA GARCÍA, E., “Antes y después de la doctrina Parot: la refundición de condenas y sus consecuencias”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 6, marzo agosto, 2014.

HEGEL, G. F., *Filosofía del Derecho*, 5ª Edición, Ed. Claridad, Buenos Aires, 1968.

HERNÁNDEZ NIETO, M., “Ideología y estrategia de ETA. La acción violenta en los inicios de la organización”, en *Aportes*, n. 82, año XXVIII (2/2013).

HERRERÍN LÓPEZ, Á., “1893: año clave del terrorismo en la España de la Restauración”, en *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie V, Historia Contemporánea, t. 20, 2008.

— : “España: la propaganda por la represión 1892-1900”, en AVILÉS FARRÉ, J. / HERRERÍN LÓPEZ, Á. (Coords.), *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Ed. Siglo XXI de España, Madrid, 2008.

IBARRA, J. L., “Antonio Beristain: un vivo recuerdo”, en *Revista Eguzkilore*, n. 26, 2012.

IGARTUA SALAVERRÍA, J., *Cuestiones sobre la prueba penal y argumentación judicial*, Ed. OLEJNIK Ediciones, Santiago de Chile, 2018.

IGLESIAS MACHADO, S., “La evolución del concepto de orden público y del sistema penal a través de las constituciones españolas hasta 1978”, en *La noción de Orden Público en el Constitucionalismo Español*, Ed. Dykinson, Madrid, 2011.

IGUALADA TOLOSA, C., “La radicalización yihadista en el entorno de las prisiones”, en Boletín del Instituto Español de Estudios Estratégicos, n. 8, octubre-diciembre 2017, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6361677>

INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE, *Global terrorism index 2016. Measuring and understanding the impact of the terrorism*, IEP Report 43, 2016, en: <http://economicsandpeace.org/wp-content/uploads/2016/11/Global-Terrorism-Index-2016.2.pdf>

INTERNATIONAL COUNCIL OF HUMAN RIGHTS, *Discusión sobre terrorismo. Riesgo y opciones para las Organizaciones de Derechos Humanos*, Ed. ATAR Roto Press, Ginebra, 2008.

INTERNATIONAL FEDERATION FOR HUMAN RIGHTS, *The United Nations Counter-Terrorism Complex. Bureaucracy, Political Influence and Civil Liberties*, 2017, en: <https://www.fidh.org/en/international-advocacy/united-nations/united-nations-the-global-fight-against-terrorism-hampered-by>

IRISARRI, S. M., “Delitos de tenencia: ¿castigo sin conducta? Proyección hacia una nueva categoría delictual”, en *Revista Pensamiento Penal*, junio de 2016.

IVANOVA ANGELOVA, I., “Introducción al concepto de tortura como punto de partida para una base de datos (Español – Inglés)”, en *FITISPos international journal: public service interpreting and translation*, vol. 2, 2015.

IZU BELLOSO, M.J., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la constitución de 1978”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 58, abril-junio 1988.

JAÉN VALLEJO, M., *Los principios de la prueba en el proceso penal español*, Ed. Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2000.

— : *Tendencias actuales de la Jurisprudencia Constitucional Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2002.

JAÉN VILLAREJO, M. / PERRINO PÉREZ, Á. L., *La reforma de 2015: análisis de las principales reformas introducidas en el Código Penal por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015*, de 30 de marzo, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

JAKOBS, G., “Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del Enemigo”, en JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

— : *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción realizada por CUELLO CONTRERAS, J. / SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., 2ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

— “La autocomprensión de la ciencia del Derecho Penal ante los desafíos del presente”, en, ESRN, A. / HASSEMER, W. / BURKHARDT, B. (Coords.), *La ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— : *La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez)*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006.

— : “¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, n. 11, 2001.

JAKOBS, G. / CANCIO MELIÁ, M., *Derecho Penal del Enemigo*, 1ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

JARILLO GÓMEZ, J. L., “La posesión en el Código Civil. Significación de la posesión dentro de los derechos reales”, en *Saberes. Revista de Estudios Jurídicos, económicos y sociales*, vol. 6, 2008.

JAVATO GONZÁLEZ, V.M., “ETA. Origen e ideología”, en *Ab Infinito*, n. 3, 2011.

JAVATO MARTÍN, A.M., “De los delitos contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, resistencia y desobediencia”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

JERICÓ OJER, L., *El conflicto de la conciencia ante el Derecho Penal*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

JIMÉNEZ DÍAZ, M.J., *Seguridad ciudadana y Derecho Penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

JIMÉNEZ MEJÍA, D., “La crisis de la noción material de bien jurídico en el Derecho Penal del Riesgo”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 82, enero -junio, 2014.

JORDÁN ENAMORADO, J., “El Daesh”, en *Cuadernos de estrategia*, n. 173: La Internacional Yihadista, 2015, en: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/41175/Daesh-Estado-Islamico.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

— : “Procesos de radicalización yihadista en España. Análisis sociopolítico en tres niveles”, en *Revista de Psicología Social*, 2009, 24 (2).

JORGE BARREIR, A. “El sistema de sanciones en el Código Penal español de 1995”, en GÓMEZ COLOMER, J.L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coords.), *La reforma de la Justicia Penal: estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann*, Ed. Universitat Jaume I, Castellón, 1997.

JUANES PECES, Á., “Efectos de la reforma del Código Penal en Materia de Grupos Criminales y Terrorismo”, en *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*,

ponencia editada por el Ministerio de Justicia, Madrid, 2010, en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292342418602?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DPonencia_de_Angel_Juanes_Peces.PDF

KURTH CRONIN, A., “Sources of contemporary terrorism”, en KURTH CRONIN, A. / LUDES, J. M., *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, *Attacking Terrorism: Elements of a Grand Strategy*, Ed. Georgetown University Press, Washington, 2004.

LABORDE, J-P., “Pasado, presente y futuro del Comité contrterrorista del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas”, en *Real Instituto Elcano*, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/laborde-pasado-presente-futuro-comite-contrterrorista-del-consejo-de-seguridad-de-naciones-unidas

LAMARCA PÉREZ, C., “Delitos cometidos contra el Orden Público: sedición, atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en ZÁRATE CONDE, A. (Coord.) / DÍAZ TORREJÓN, P. / GONZÁLEZ CAMPO, E. / MAÑAS DE ORDUÑA, A. / MORAL DE LA ROSA, J., *Derecho Penal. Parte especial: Obra adaptada al temario de oposición para el acceso a la Carrera Judicial y Fiscal*, Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, Madrid, 2016.

— : *Derecho Penal: Parte Especial*, 2ª Ed, Ed. Colex, Madrid, 2004.

— : “La dimensión política del terrorismo”, en DE LA CUESTA AGUADO, P.M., RUÍZ RODRÍGUEZ, L.R., ALCALDE SÁNCHEZ, M., HAVA GARCÍA, E., RODRÍGUEZ MESA, M.J., GONZÁLEZ AGUDELO, G., MEINI MÉNDEZ, I., RÍOS CORBACHO, J.M., (Coords.), *Libro AMICORUM: estudios jurídicos en homenaje al profesor doctor Juan Ma. Terradillos Basoco*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

— : “La última recepción de la normativa antiterrorista”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 42, fasc/mes 3, 1989.

— : “Principio de legalidad penal”, en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.1, septiembre de 2011.

— “Tema 25. Delitos contra el orden público”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2016.

— : *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ed. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho Penal*, Ed. Tirant Monografías, Valencia, 2009.

LAUDI, M., *I casi di non punibilità dei terroristi “pentiti”*, Ed. Giuffrè, Milano, 1983.

LAURENZO COPELLO, P., “La violencia de género en la ley integral. Valoración político-criminal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-07, 2005.

LEIS, H.R., *Un testamento de los años 70: terrorismo, política y verdad en la Argentina*, Ed. Katz, Buenos Aires, 2013.

LEJARZA ILLARO, E., “Terrorismo Islamista en las redes-la Yihad Electrónica”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, septiembre de 2015, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2015/DIEEE0100-2015_IslamismoenRed_EguskineLejarza.pdf

LEYVA ESTUPIÑÁN, M. A., / LUGO ARTEAGA, L., “El bien jurídico y las funciones del Derecho Penal”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. XXXVI, n. 100, enero-junio de 2015.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. / LLAMAZARES CALZADILLA, M.C. (Colab.), *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de conciencia, identidad personal y solidaridad*, 4ª Edición, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2011.

LLOBET ANGLI, M., “El discurso político criminal de la LO 7/2003, de cumplimiento íntegro y efectivo de las penas: prevención general positiva vs. prevención especial negativa”, en *Temas actuales de investigación en ciencias penales: memorias I Congreso Internacional de Jóvenes Investigadores en Ciencias Penales: 26, 27 y 28 de octubre de 2009*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014.

LODEIRO CORRAL, R., “El uso de las nuevas tecnologías por el territorio yihadista”, en *Cuadernos de la Guardia Civil*, n. 54, 2017, en: https://intranet.bibliotecasgc.bage.es/intranet-tmpl/prog/local_repository/documents/19075.pdf

LÓPEZ ALARCÓN, M., “Las sectas y los nuevos movimientos religiosos (NMRs). Problemas de su tratamiento jurídico: ¿reconocimiento o prohibición?”, en *Revista Ius Canonicum*, XXXVII, n. 74, 1997, en: <http://dadun.unav.edu/handle/10171/17259>
LÓPEZ DE OÑATE, F., *La certeza del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1953.

LÓPEZ GARCÍA, B., “Introducción. España y el mundo árabe-islámico: historia de una multiplicidad de relaciones y encuentros”, en *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, n. 48, 2013, en: http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/Ministerio/EscuelaDiplomatica/Documents/el_islam_y_los_musulmanes_hoy%2048.pdf

LOPEZ GARRIDO, D / GARCÍA ARÁN, M., *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, Ed. Dykinson, Madrid, 1996.

LÓPEZ INFANTES Y PÉREZ, L., *Apreciación de la prueba en materia criminal*, Ed. Hijos de Reus, Madrid, 1999.

LÓPEZ-JACOISTE, E., “La Unión Europea ante los combatientes terroristas extranjeros”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. 67, enero-junio 2016.

LÓPEZ ULLA, J.M., “El discurso del odio como concepto: dificultades para definirlo en la práctica”, en CARUSO FONTÁN, V. / PÉREZ ALBERDI, M. R., (Dirs.), *Diálogos*

judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: una mirada interdisciplinar, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

LORENTE VELASCO, S. M., *Delitos de atentado contra la autoridad, sus agentes y funcionarios públicos y de resistencia y desobediencia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

LORENZO-NIETO Y MALLO, F., *Seguridad ciudadana y orden público*, Ed. El consultor de los ayuntamientos, Madrid, 1992.

LUZÓN PEÑA, D.M., “Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción”, en *Revista de Derecho*, n. 17, 2014, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973432>

— : *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, 3ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

MAQUEDA ABREU, M. L., “La tortura y otros tratos inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Penal y otras ciencias penales*, tomo 39, fasc/mes 2, 1986.

MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 11, 2014.

MARLETTI, C., “Uccidere in nome delle idee: Continuità e mutamenti del terrorismo ideologico e politico degli anni settanta e ottanta”, en *Il Piemonte e Torino alla prova del terrorismo*, Ed. Rubettino, 2006.

MARQUÈS I BANQUÉ, M., “Problemas de legitimación del Derecho Penal del miedo”, en *Revista Política criminal*, vol. 12, n. 24, diciembre 2017.

MARRERO ROCHA, I., “Los combatientes «terroristas» extranjeros de la Unión Europea a la luz de la Resolución 2178 (2014) del Consejo General de Naciones Unidas”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 54.

MARTÍN CUBAS, J., “Víctimas del terrorismo y legitimidad Democrática”, en *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia*, Ed. Cátedra de Derecho Autonómico Valenciano, Valencia, 2013.

MARTÍN ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “El debate actual sobre los fines de la pena y su aplicación práctica”, en *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, n. 11, enero 2014.

MARTÍN SÁNCHEZ, I., “El modelo actual de relación entre el Estado y el factor religioso en España”, en FERREIRO GALGUERA, J. (Coord.), *Jornadas Jurídicas sobre Libertad Religiosa en España*, Ed. Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2008.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *El error en la teoría jurídica del delito. Un estudio a la luz de la concepción significativa*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MARTÍNEZ CARRERAS, J. U., “La ONU y la descolonización”, en *Cuadernos de Historia Contemporánea*, n. 17, 1995, en: <https://revistas.ucm.es/index.php/CHCO/article/view/CHCO9595110079A/7064>

MARTÍNEZ DHIER, A., “La legislación antiterrorista en la historia de nuestro Derecho. España y el fenómeno terrorista en los siglos XIX y XX”, en *Anales de Derecho*, vol. 34, n. 2, 2016: en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5772374>

MARTÍNÓN CANO, G., “El bien jurídico como principio irrenunciable en el Derecho Penal del siglo XXI”, en *Revista Penal México*, n. 1, enero-junio de 2011.

MATELLANES RODRÍGUEZ, N., “Algunas razones para la represión penal autónoma del intrusismo informático”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 26, n. 77, 2005, en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1026/970>

MELAMED VISBAL, J. D., “Europa ante la amenaza del radicalismo religioso del Estado Islámico”, en *Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad*, vol.

11, n. 1, 2016, en:
<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/ries/article/view/1368/1159>

MELCHIONDA, A., *Piombo contro la giustizia. Mario Amato e i magistrati assassinati dai terroristi*, Ed. Pendragon, Bologna, 2010.

MELLADO Y LEGUEY, F., *Tratado elemental de Derecho Administrativo*, 3ª Edición, Ed. impresión de los hijos de Manuel G. Hernández, Madrid, 1894.

MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., “Los delitos de pertenencia a organización criminal y a grupo criminal y el delito de tráfico de drogas cometido por persona que pertenece a una organización delictiva. Crónica de un conflicto normativo anunciado y análisis jurisprudencial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 24 (2014), en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/2081/2205>

MERINO HERRERA, J., *Al-Qaeda, una compleja manifestación del terrorismo internacional*, Ed. INACIPE, México, 2015.

— : *Marco Estratégico de las Naciones Unidas Contra el Terrorismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

MINNA, R., *Terrorismo degli anni '70/'80, crimini associati, norma penali e politica del diritto: Aspetti storici, culturali, evoluzione normativa*, Ed. Giuffré, Milano, 2007.

MIR PUIG, S., “Constitución, Derecho Penal y Globalización”, en MIR PUIG, S / CORCOY BIDASOLO, M. (Dirs.), *Política criminal y reforma penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2007.

— : *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Reppertor, Barcelona, 2016.

— : “Límites del Normativismo en Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 07-18, 2005.

MIRA DELLI-ZOTTI, G., “Genealogía de la violencia en la Argentina de los años 70”, en *HAOL*, n. 20, 2009.

MIRANDA, M., “El populismo punitivo”, en *Ponencias de Jornadas de Jueces de Pueblo, 23 y 24 de noviembre de 2006*, Juezas y Jueces para la Democracia, en: <http://www.juecesdemocracia.es/actividades/jornadas/2006/pueblo/EL%20POPULISMO%20PUNITIVO.pdf>

MIRAT HERNÁNDEZ, P., “D. Juan del Rosal Fernández” en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (Dir.), *El Derecho Penal de la posguerra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

— : “Referencia a las eximentes de estado de necesidad, ejercicio de un derecho, cumplimiento de un deber, en el ámbito familiar. Especial referencia al derecho de corrección”, en *Revista Penal México*, n. 6, marzo-agosto 2014.

MIRÓ LLINARES, F., *Cocimiento e imputación en la participación delictiva. Aproximación a una teoría de la intervención como partícipe en el delito*, Ed. Atelier libros, Barcelona, 2010.

MOCCIA, S., “El crimen organizado como puesta a prueba de los sistemas penales”, en *Revista Canaria de Ciencias Penales*, n. 5, julio 2000.

— : *La “promessa non mantenuta”. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2001.

MOGHADAM, A., “La evolución de AL-QAEDA”, en *III Jornadas Internacionales sobre terrorismo y antiterrorismo*, 2008, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5748793>

MOLINA FERNÁNDEZ, F. (Coord.), ALCÁCER GUIRAO, R., / ALONSO GALLO, J., *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MOLINA PÉREZ, T., “El elemento objetivo y subjetivo en el delito de tráfico de drogas”, en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, n. 38, 2005, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1143004>

MONCADA LORENZO, A., “Significado y técnica jurídica de la policía administrativa”, en *Revista de Administración Pública*, n. 28.

MONTALVO ABIOL, J.C., “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, en *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n. 22, 2010.

MONTANOS FERRÍN, E., “Responsabilidad penal individual y colectiva en la familia medieval y moderna”, en *AFDUC. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 19, 2015.

MONTIEL, J.P., “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, enero de 2017.

MORA PICAZO, R., “Plataformas online, contraterrorismo y prevención de la radicalización: cinco experiencias”, en *GESI. Grupo de Estudios en Seguridad Internacional*, en: <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/plataformas-online-contraterrorismo-y-prevención-de-la-radicalización-cinco-experiencias>

MORALES, J., “Islam Siglo XXI”, en *Anuario de Historia de la Iglesia*, n. 20, 2011, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3649215>

MORALES ARROYO, J. M. / GÓMEZ CORONA, E., “Capítulo XV. Las competencias del Tribunal Constitucional”, en AGUDO ZAMORA, M. / VVAA, *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª Edición, Ed. Tecnos, Madrid, 2011.

MORENO CATENA, V., “El desarrollo del juicio oral. La prueba”, en MORENO CATENA, V. / CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, 8ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

— (Dir.), *El proceso penal. Doctrina, jurisprudencia y formularios*, vol. III. Fase intermedia y juicio oral, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORILLAS CUEVAS, L., “Aproximación teórica al principio de intervención mínima y a sus consecuencias en la dicotomía penalización – despenalización”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, n. 2, 3º cuatrimestre.

MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., *Análisis dogmático y criminológico de los delitos de pornografía infantil*, Ed. Dykinson, Madrid, 2006.

MOTTA CASTAÑO, D., “Tránsito del Derecho Penal Internacional desde el Tratado de Versalles y de Nuremberg hasta Roma” en *meritum, Belo Horizonte*, v. 5, n. 2, julio – diciembre, 2010.

MOUFFE CHANTAL, *El retorno de lo político*, Ed. Paidós, Barcelona, 1999.

MOZO SEOANE, A., “Estados excepcionales y fuerzas armadas”, en *Boletín de Información*, n. 221, 1991, en: https://publicaciones.defensa.gob.es/media/downloadable/files/links/b/o/boletin_cesede_n_221.pdf

MUERZA ESPARZA, J.J., “La alteración de la paz pública en el delito de desórdenes públicos, ¿un nuevo significado?”, en *Poder Judicial*, n. 9, 1998.

MUNICIO MÚJICA, N., “Evolución del perfil yihadista en Europa”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, mayo 2017.

MUÑOZ CONDE, F., “De nuevo sobre el «Derecho Penal del Enemigo»”, en *Revista Penal*, n. 16, 2005.

— : *Derecho Penal. Parte Especial*, 15ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— : *Derecho Penal. Parte Especial*, 20ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— : *Derecho Penal. Parte Especial*, 21ª Edición, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.

— : *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el Nacionalsocialismo*, 4ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

— : “¿Es el Derecho Penal internacional un «Derecho Penal del Enemigo?”, en *Revista Penal*, n. 21, enero 2008.

— : “La generalización del Derecho Penal de excepción: Tendencias legislativas y doctrinales: entre la tolerancia cero y el Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Ciencia Jurídica*, año 1, n. 1, 2011.

— : “Los orígenes ideológicos del Derecho Penal del enemigo”, en *Revista Penal*, n. 26, julio de 2010.

— : “Política criminal y dogmática jurídico-penal en la República de Weimar”, en *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 15 y 16, vol. II, 1994.

MUÑOZ CONDE, F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal. Parte General*, 10ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUSCO, E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974.

— “La irracionalidad del Derecho Penal”, en *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*, n. 16, 2014.

— : “Los colaboradores de la justicia entre el pentitismo y la calumnia: problemas y perspectivas”, en *Revista Penal*, n. 2, 1998.

— : *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Ed. Giuffrè, Milano, 1974.

NASH ROJAS, C., “Alcance del concepto de tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XV, 2009.

NATO, *DAESH: Information campaign and its influence*, Strategic Communications Centre of Excellence Riga, 2015, en: <https://www.stratcomcoe.org/daesh-information-campaign-and-its-influence>

NAVARRO CARDOSO, F., “Los tipos dolosos del delito de financiación del terrorismo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2018, n. 20-01.

NAVARRO FRÍAS, I., *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Ed. Comares, Granada, 2010.

NIGRO, R., *La definizione di terrorismo nel diritto internazionale*, Ed. Scientifica, Napoli, 2013.

NÚÑEZ BARBERO, R., “La reforma penal de 1870”, en *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*, fas/mes 3, 1970.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.; “Las transformaciones sociales y el Derecho Penal: del estado liberal al Derecho Penal de Enemigos”, en MUÑOZ CONDE, F. (Coord.), *Problemas actuales del Derecho Penal y de la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

NÚÑEZ PAZ, M. Á., “Intelectualidad y honestidad: José Antón Oneca (1897-1981) y el Derecho Penal de otra época”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. (Dir.), *El Derecho Penal de la posguerra*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

— “CAPÍTULO X. El tipo subjetivo (II). Culpa o imprudencia”, en FERRÉ OLIVÉ, J. C. / NÚÑEZ PAZ, M. Á. / RAMÍREZ BARBOSA, P. A., *Derecho Penal colombiano. Parte General. Principios Fundamentales y Sistema*, Ed. Ibáñez, Bogotá, 2010.

O'REGAN, E., "DAESH, la guerra en las redes sociales", en *Revista Española de Defensa*, año 29, n. 325, 2016.

OBREGÓN GARCÍA, A. / GÓMEZ LANZ, J. *Derecho Penal. Parte General: Elementos básicos de teoría del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El bien jurídico protegido en los Capítulos VI y VII del título II del Código Penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n. 1, 1977.

OLAIZOLA NOGALES, I., *El error de prohibición. Especial atención a los criterios para su apreciación y para la determinación de su vencibilidad e invencibilidad*, Ed. La Ley, Madrid, 2007.

ORDÁS-GONZÁLEZ GARCÍA, L., Á., "Enfrentamientos asimétricos. La respuesta del Estado español frente a la primera oleada de terrorismo moderno (1880-1902)", en *Boletín de Información*, n. 322, 2011, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4198826>

ORTS BERENGUER, E. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Compendio de Derecho Penal (Parte general y parte especial)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

OSCE, *Guidelines for Addressing the Threats and Challenges of "foreign Terrorist Fighters" within a Human Rights Framework*, Ed. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Warsaw, 2018.

OVEJERO PUENTE, A.M., "Protección del derecho a la presunción de inocencia", en *Revista UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 40, 2017.

PACHECO, J.F., *El Código Penal concordado y comentado*, Tomo II, 5ª Edición, Ed. imprenta y fundición de Manuel Tello, Madrid, 1881.

PALAZZO, F. C., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Ed. CEDAM. Casa editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1979.

PALMA HERRERA, J.M., “Capítulo duodécimo: La reforma de los delitos contra la libertad operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo”, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

— : “La reforma de los delitos contra la libertad operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, en MORILLAS CUEVAS, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015.

PARRA GONZÁLEZ, A. V., “Pornografía Infantil. Contexto Socio-Criminológico y Jurídico”, en *Interacción y Perspectiva. Revista de Trabajo Social*, vol. 6, n. 1, enero-junio 2016.

PARRINI, D., “Capitolo primo. L'evoluzione normativa premiale: decretazione d'urgenza antiterroristica e antimafia”, en *ADIR. L'altro diritto*, en: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2007/parrini/cap1.htm>

PASAMAR BOLDOVA, M. Á., “El nuevo concepto de pornografía infantil: una interpretación realista”, en *Revista Penal*, n. 38.

PASCUAL MATELLÁN, L., “La prisión permanente revisable. Un acercamiento a un Derecho Penal deshumanizado”, en *Revista CLIVATGE*, n. 3, 2015.

PASTOR RIDRUEJO, J. A., “La reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Temas escogidos”, en *Cursos de Derecho Internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n.1, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales: el derecho como ley y el derecho subjetivo”, en PECES-BARBA M., Gregorio et al. (coords.), *Historia de los derechos fundamentales*, cap. I, vol. I, tomo I, Ed. Dykinson, Madrid, 2001.

PERALTA MARTÍNEZ, R., “Libertad ideológica y libertad de expresión como garantías institucionales”, en *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 16, 2012.

PÉREZ ÁLVAREZ, S., “Marco Constitucional del uso del velo y del pañuelo islámico en la sociedad española contemporánea: ¿señas de identidad ideológica y/o cultural?”, en *Revista Foro, Nueva Época*, n. 13, 2011.

PÉREZ CEPEDA, A. I., *El pacto antiyihadista: criminalización de la radicalización*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. / FERRERO BAAMONDE, X. X. / PIÑOL RODRÍGUEZ, J. R., SEVANTE SPIEGELBERT, J. L., *Derecho Procesal Penal*, Ed. Thomson Civitas. Aranzadi, Cizur Menor, 2010.

PÉREZ DEL VALLE, C., “En el punto de mira. La crítica a la teoría de los bienes jurídicos”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, n. 379, octubre 2006.

— : “La fundamentación iusfilosófica del Derecho Penal del Enemigo”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 10-03, 2008.

— : *Lecciones de Derecho Penal*, 2ª Edición, Ed. Dykinson, Madrid, 2018.

PÉREZ DÍAZ-HEREDERO, A., “La evolución de la Estrategia Antiterrorista europea: Europol y sus grandes retos”, en *Análisis GESI*, 30/2016, en: <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/la-evolucion-de-la-estrategia-antiterrorista-europea-europol-y-sus-grandes-retos>

PÉREZ-PEDRERO, E. B., “La presunción de inocencia”, en *Anuario de Parlamento y Constitución*, n. 5, 2001.

PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho Constitucional*, 14ª Edición, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

PIERNAS LÓPEZ, J. J., “La vuelta de la UE a reaccionar frente a atentados y la Directiva (EU) 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n. 44, 2018.

PIQUÉ, M.L., “Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad”, en ALONSO REGUEIRA, E., *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

POLAINO NAVARRETE, M., *El delito de detención ilegal*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 1982.

POLAINO-ORTS, M., *El Derecho Penal del enemigo ante el Estado de Derecho*, Ed. Flores, México, 2013.

POLITOFF, S., “La conspiración para cometer delitos previstos en la ley sobre tráfico de estupefacientes” en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 24, n. 23, 1997.

POLLINI, L., *I settanta: gli anni che cambiarono l'Italia*, Ed. Bevivino, Milano, 2005.

POMMEN, A.J., *The Indochinese Experience of the French and the Americans: Nationalism and Communism in Cambodia, Laos, and Vietnam*, Ed. Hardcover, 2002.

PORTILLA CONTRERAS, G., “Bases teóricas del “nuevo” Derecho Penal y Procesal Penal del «enemigo»”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 1, n.19, 2009.

— : *La consagración del Derecho Penal de autor durante el franquismo. El tribunal Especial para la Represión de la Masonería y el Comunismo*, Ed. Comares, Granada, 2010.

— : “La supuesta crisis de la tensión entre el iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del Derecho: especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / GURDIEL SIERRA, M. / CORTÉS BECHIARELLI, E. (Coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PRIETO NAVARRO, E., “Excepción y normalidad como categorías de lo político”, EN CANCIO MELIÁ, M., / POZUELO PÉREZ, L., (coordinadores), *Política criminal en*

vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada, Ed. Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y consumo de drogas en el ordenamiento penal español*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1993.

QUINTERO OLIVARES, G. “La criminalidad organizada y la función del delito de la asociación ilícita”, en FERRÉ OLIVÉ, J.C. / ENRIQUE ANARTE BORRALLA, E., (Coords.), *Delincuencia organizada: aspectos penales, procesales y criminológicos*, Ed. Universidad de Huelva, Huelva, 1999.

— : *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2000.

— : *Parte General del Derecho Penal*, 3ª Edición, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

RAMÓN CHORNET, C., *Terrorismo y respuesta de fuerza en el marco del Derecho Internacional*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

RANSTORP, M. / BRUN, H., *Terrorism Learning and Innovation: Lessons from PIRA in Northern Ireland*, Center for Asymmetric Threat Studies, Swedish National Defence College, 2013

RAPOPORT, D., C., “The Four Waves of Rebel Terror and September 11”, en *Revista Anthropoetics VIII*, n. 1, Spring / Summer 2002.

REINARES, F., “De Dabiq a Roma: Estado Islámico muta y eso concierne a la UE”, *Comentario DE Real Instituto Elcano*, 2016, en: http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/comentario-reinares-de-dabiq-a-roma-estado-islamico-muta-y-concierne-ue

REINARES, F. / GARCÍA CALVO, C., *Estado Islámico en España*, Ed. Real Instituto Elcano, Madrid, 2016.

REINARES, F. / GARCÍA-CALVO, C., *Un análisis de los atentados terroristas en Barcelona y Cambrils*, en:

http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/terrorismo+internacional/ari12-2018-reinares-garciacalvo-analisis-atentados-terroristas-barcelona-cambrils

REY GARCÍA, P. / RIVAS NIETO, P. / SÁNCHEZ ALONSO, Ó., “Propaganda, radicalismo y terrorismo: la imagen del Daesh”, en *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, n. 23, 2017.

RIDAURA RODRÍGUEZ, M.J., “Seguridad ciudadana como función del Estado”, en *Estudios de Deusto*, vol. 2, n.2, 2014.

RÍOS ÁLVAREZ, R. “El Derecho Penal del Enemigo. El problema de su legitimidad a la luz de algunos de sus defensores y detractores”, en *Ars boni et aequi*, vol. 8, n. 2, 2012.

RÍOS MARTÍN, J. C. / SÁEZ RODRÍGUEZ, M C., “Del origen al fin de la doctrina Parot”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, julio, 2014.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El terrorismo en la evolución del espacio de libertad, seguridad y justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 14, n. 36, mayo/agosto 2010, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3332154>

RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, L., *Protección internacional de los derechos fundamentales y medidas antiterroristas*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, S., “¿Ha de cumplir el bien jurídico protegido una función de garantía o legitimadora del Derecho Penal? Hacia una búsqueda de la legitimidad material de las normas penales”, en *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, n. 23, 2017.

RODRÍGUEZ HORCAJO, D., “*Nulla poena sine lege* y retroactividad de cambios jurisprudenciales: modificaciones tras la STEDH as. Inés del Río Prada c. España”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LXVI, 2013.

RODRÍGUEZ MESA, M. J., “Las razones del Derecho Penal. Modelos de Fundamentación y Legitimación”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 09.10, 2007.

RODRÍGUEZ ROMÁN, R., “Orígenes de ETA y su desarrollo durante el Franquismo”, en *Revista de Claseshistoria*, n. 101, 2010.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M., “El discurso del odio a través de internet”, en REVENGA SÁNCHEZ, M., *Libertad de expresión y discursos del odio, colección Cuadernos de la Cátedra Democracia y Derechos Humanos*, n. 12, 2015.

ROIG TORRES, M., *El delito de atentado*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2004.

— : “Revisión del delito de tortura tras la reciente STEDH de 7 de octubre de 2014 de condena a España. El debate sobre la «tortura de rescate» (Rettungsfolter)”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª Época, n. 11, enero de 2014.

ROJAS LÓPEZ, F., “Alcances y cuestiones Generales del Procedimiento Especial de colaboración Eficaz en el Nuevo Código Procesal Penal”, en *Revista Derecho y Sociedad*, n. 39, 2012.

ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código Penal comentado. Comentarios tras las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.

ROMEO CASABONA, C.M. (Coord.), *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Comares, Granada, 2016.

ROPERO CARRASCO, J., “Reformas penales y política criminal en la protección de la indemnidad sexual de los menores. El proyecto de 2013”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, 2014.

ROUSSEAU, J. J., *El contrato social, o sea principios del derecho político*, Ed. El cardo, 2003, Capítulo VIII, en: <http://www.biblioteca.org.ar/libros/70390.pdf>

ROXÍN, C., “Cambios en los fines de la teoría de la pena”, en *La teoría del delito en la discusión actual*, traducción realizada por ABANTO VÁSQUEZ, M., Ed. Grijley, Lima, 2007.

— : *Derecho Penal. Parte General. Tomo II: Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2003.

— : “El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 15-01, 2013.

— : “El nuevo desarrollo de la dogmática jurídico-penal en Alemania”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2012.

RUBIOLA ALVARIÑO, J., “La responsabilidad de los Estados europeos en los vuelos secretos de la CIA. Especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 24, mayo-agosto 2006.

RUÍZ DÍAZ, L. J., “La prevención de la radicalización en la estrategia contra el terrorismo de la Unión Europea. Entre soft law e impulso de medidas de apoyo”, en *Revista Española de Derecho Internacional. Sección de Estudios*, vol. 69/2, julio-diciembre 2017, Madrid.

RUIZ GRANADO, L. “La estrategia de la Unión Europea en los tiempos del ISIS”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 29 de julio de 2015, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_marco/2015/DIEEEM17-2015_Estrategia_UE_Yihadismo_RuisGranado.pdf

RUÍZ MARTÍNEZ, J., *El conflicto tribal de Irlanda del Norte*, Editado por la Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Política y Gobernanza, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2011.

SABELLA, P. M., “Il fenomeno del cybercrime nello spazio giuridico contemporaneo. Prevenzione e repressione degli illeciti penali connessi all’uso di Internet per fini di terrorismo, tra esigenze di sicurezza e rispetto dei diritti fondamentali”, en *Informatica e diritto*, XLIII annata, Vol. XXVI, n. 1-2.

SÁENZ ROYO, E., *Manual de Derecho Constitucional I*, Editado por Prensas de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2017

SAINZ MORENO, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.

— : “Orden público económico y restricciones de la competencia”, en *Revista de Administración Pública*, n. 84, 1977.

SALAZAR BENÍTEZ, O., “Libertad de conciencia, pluralismo e igualdad: En defensa del Estado laico”, en *Ámbitos. Revista de estudios de ciencias sociales y humanidades*, n. 20, 2008.

SALINAS DE FRÍAS, N., “Detención, garantías esenciales y Estado de Derecho en la jurisprudencia del TEDH”, en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.79, septiembre-diciembre 2010.

SÁNCHEZ, V. / YUBERO, B., “Influencia de las redes criminales de carácter transnacional en los conflictos”, en *Documento de Trabajo del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional*, 2016, en: http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_trabajo/2016/DIEEET12-2016_RedesCriminales_VSchezMoreno_BYubero.pdf

SÁNCHEZ CORBÍ, M. Á., “Cómo la Guardia Civil derrotó a ETA”, en *Cuadernos de la Guardia Civil, Revista de Seguridad Pública*, 3ª Época, Ed. Ministerio del Interior, Madrid, 2016.

SÁNCHEZ DAFAUCE, M., “El abatimiento de un avión secuestrado”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, octubre de 2014.

SÁNCHEZ DE ROJAS DÍAZ, E., “¿Nos encontramos ante la quinta oleada del terrorismo internacional?”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5992452>

SÁNCHEZ DOMINGO, M.B., “Actos de provocación y apología en los delitos de terrorismo: artículos 578 y 579 CP”, en *Actas del I Congreso Internacional de la FICP. Retos actuales de la Teoría del Delito*, en: <https://www.ficp.es/wp-content/uploads/1ª-sesión.pdf>

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., “CAPÍTULO VII. De las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

— : “Problemas de legitimidad de una respuesta excepcional frente a las organizaciones criminales”, en CANCIO MELIÁ, M. / POZUELO PÉREZ, L. (Coords.) / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. (Pr.), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2008.

MARTÍN, A.M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo IV, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

SÁNCHEZ HERRÁEZ, P., “Daesh ¿el paradigma financiero de los nuevos conflictos?”, en *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 2016, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5992468>

SANSÓ-RUBERT, D., “Nuevas tendencias de organización criminal y movilidad geográfica Aproximación geopolítica en clave e inteligencia criminal”, en *Revista UNISCI / UNISCI Journal*, n. 41, 2016, en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-83486/UNISCIDP41-8SANSO.pdf>

SÁNCHEZ-TEJERINA, I., *Derecho penal español. Obra ajustada al CP, texto refundido de 1944 con todas las modificaciones introducidas*, tomo II, parte especial, 5ª Edición, Ed. Reus, Madrid, 1950.

SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista*, Ed. Bosch, Barcelona, 2015.

SANTAMARÍA DE PAREDES, V., *Curso de Derecho Administrativo*, 3ª Edición, Madrid, 1891.

SANTOS ALONSO, J. / DE PRADA RODRÍGUEZ, M., “Los colaboradores de la Justicia en Italia”, en *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 10, n. 20, 2011.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, M., “Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33, 2013, en: <http://www.usc.es/revistas/index.php/epc/article/view/1353/1665>

SAUL, B., “Attempts to define «terrorism» in International Law”, en *Netherlands International Law Review*, L. III, 2005.

SCHILLING FUENZALIDA, M., *El nuevo Derecho Penal del Enemigo*, Ed. Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1998.

SCHROEDER, F., C., “La posesión como hecho punible”, en *Revista UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, n. 14, 2004.

SEMERARI, G., “Ordine pubblico”, en *Enciclopedia filosofica*, tomo III, Ed. Sansoni, Florencia, 1957.

SERRA CRISTÓBAL, R., *La libertad ideológica del juez*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

SERRANO TÁRRAGA, M.D., “La prisión perpetua revisable”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 25, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., “Del Derecho abstracto al Derecho «real». Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M. Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, n. 377, oct. 2006.

— : *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 3ª Edición, Ed. Edisofer, Madrid, 2011.

— : “No sólo bienes jurídicos”, en *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, en: http://www.indret.com/pdf/editorial_penal_2.pdf

— : “¿Nullum Crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”, en *Derecho Penal y Criminología*, vol. 29, n. 86-87, 2008.

SOLAZ SOLAZ, E., “Los delitos contra el orden público en la reforma del Código Penal”, en *La Ley penal*, n. 114, mayo-junio 2015.

SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005.

SUEIRO SEOANE, S., “De Johann Most a Emma Goldman: el anarquismo en los Estados Unidos de América”, en AVILÉS FARRÉ, J. (Coord.) / HERRERÍN LÓPEZ, Á., *El nacimiento del terrorismo en Occidente: anarquía, nihilismo y violencia revolucionaria*, Siglo XXI de España Ediciones, Madrid, 2008.

TAMARIT SUMALLA, J. M., “Política criminal con bases empíricas en España”, en *Política Criminal*, n. 3, 2007.

TÉBAR RUBIO-MANZANARES, I., *Derecho Penal del enemigo en el primer franquismo*, Ed. Publicacions de la universitat d’Alacant, Alicante, 2017.

TÉLLEZ AGUILERA, A., *Derecho Penal. Parte General (adaptado a las reformas del Código Penal de 2015). Un estudio crítico desde la práctica judicial*, Ed. Edisofer, Madrid, 2015.

TELLO, M., “Las Naciones Unidas y el terrorismo”, en DE OLLOQUI, J.J. (Coord.), *Problemas jurídicos y políticos del terrorismo, Instituto de investigaciones jurídicas de la UAM*, México, 2004.

TERRADILLOS BASOCO, J.M., *Terrorismo y Derecho. Comentario a las Leyes Orgánicas 3 y 4/1988, de reforma del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988.

— : “Terrorismo yihadista y política criminal del siglo XXI”, en *Nuevo Foro Penal*, n. 87, 2016.

THAMAN, S. C., “La situación precaria de los Derechos Humanos en Estados Unidos en tiempos normales y después del 11 de septiembre de 2001”, en *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 30, n. 89, 2009.

TOBOSO UEZO, M., “El terrorismo individual durante el año 2015: Recalibrando la amenaza”, en *Análisis GESI*, Análisis 1, 2016, en: <http://www.seguridadinternacional.es/?q=es/content/el-terrorismo-individual-durante-el-año-2015-recalibrando-la-amenaza>

TOMÁS Y VALIENTE, F., “«*In dubio pro reo*», libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año n. 7, n. 20, mayo-agosto 1987, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=79353>

TORRES ÁVILA, J., “Los paradigmas del control de poder y el principio de división de poderes”, en *Justicia Juris*, vol. 10, n. 1, enero – junio 2014, en: <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a09.pdf>.

TRUJILLO H. M. / JORDÁN, J., GUTIÉRREZ, J., A. / GONZÁLEZ-CABRERA, J., “Indicios sobre la radicalización yihadista en prisiones” en *Fundación Athena Intelligence*, n. 12/08, 2008.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Education for justice University Module Series: Counter-Terrorism. Module 1: Introduction to International Terrorism*, Ed. United Nations, Vienna, 2018, en: https://www.unodc.org/documents/e4j/18-04932_CT_Mod_01_ebook_FINALpdf.pdf

UNITED NATIONS SECURITY COUNCIL. COUNTER TERRORISM COMMITTEE. EXECUTIVE DIRECTORATE (CTED), Implementation of Security Council resolution 2178 (2014) by States affected by foreign terrorist fighters, Ed. UN publications, 2015, en: https://www.un.org/sc/ctc/wp-content/uploads/2016/09/FTF-Report-1-3_English.pdf

VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XVIII, 1995.

VALERO HEREDIA, A., *Libertad de conciencia, neutralidad del estado y principio de laicidad (un estudio constitucional comparado)*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 2013.

VALIENTE IVÁNEZ, V., “De los desórdenes públicos”, en CORCOY BIDASOLO, M, / MIR PUIG, S., / VERA SÁNCHEZ, J.S, *Comentarios al Código Penal: Reforma LO 1/2015 y 2/2015*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VÁZQUEZ, F. J., “Radicalización y movilización yihadista en España. De la radicalización a la movilización y la acción” en *Cuadernos del Centro Memorial de las Víctimas del terrorismo*, n. 2, diciembre 2016.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., “De los delitos de terrorismo”, en VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (Dir.), *Código Penal comentado. Actualizado por las Leyes Orgánicas: 1/2015, de 30 de marzo y 2/2015, de 30 de marzo*, Ed. Atelier, Barcelona, 2015.

VELASCO TUDURI, S., “AL-QAEDA: Origen, evolución y presencia hoy en el mundo”, en *Cuadernos de Estrategia*, n. 163, 2013, en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4473774>

VENTURA, A., *Per una storia del terrorismo italiano*, Ed. Donzelli, Roma, 2010.

VERA SÁNCHEZ, J.S., “De la tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.) / VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— “De los atentados contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.) / VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.) *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

— “Delitos contra la autoridad, sus agentes y los funcionarios públicos, y de la resistencia y desobediencia”, en CORCOY BIDASOLO, M. / MIR PUIG, S. (Dirs.) / VERA SÁNCHEZ, J.S. (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

VIDALES RODRÍGUEZ, C., “Seguridad ciudadana, políticas de seguridad y estrategias policiales”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 32, 2012.

VILLACAMPA ESTIARTE, C., “El maltrato singular cualificado por razón de género. Debate acerca de su constitucionalidad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n. 12-09, 2007.

VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., “Inversión de la carga de la prueba y presunción de inocencia desde una perspectiva europea”, en *Revista de Estudios Europeos*, n. extraordinario monográfico, 1-2007.

VILLEGAS DÍAZ, M., “Los delitos de terrorismo en el anteproyecto de Código Penal”, en *Revista de Política criminal*, n. 2, 2006.

VIRGA, P., *La potestà di polizia*, Ed. Giuffrè, Milano, 1954.

VIVES-FERRÁNDEZ SÁNCHEZ, L., “(No) son sólo imágenes: iconoclasia y yihad 2.0”, en *Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte*, vol. 27, 2015.

VON LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal. Traducido de la 18ª Edición alemana y adicionado con la Historia del Derecho Penal en España por Quintiliano Saldaña*, tomo I, 3ª Edición, Ed. Reus, Madrid, 1968.

WEIMANN, G., "www.terror.net How modern Terrorism uses the Internet", en *Special Report of United States Institute of Peace*, n. 116, 2004.

YBARRA ENRIQUEZ DE LA ORDEN, M.C., “La Argelia independiente: entre el socialismo y el fundamentalismo religioso”, en *Revista Anales de la Historia Contemporánea*, n. 15, 1999.

ZAPATA, M., “Identidad y terrorismo en EEUU: Un recorrido sobre la interrelación entre las representaciones religiosas subyacentes a la identidad norteamericana y la conceptualización de terrorismo, desde principios del siglo XX hasta las últimas décadas de Guerra Fría”, en *Revista Relaciones Internacionales*, n. 32, junio – septiembre 2016.

ZARAGOZA AGUADO, J., “art. 573”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. (Dirs.), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

— : “Artículo 578”, en GOMÉZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A. M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código Penal*, Tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

ZARZALEJOS, J., “El secuestro y asesinato de Miguel Ángel Blanco”, en *Jornadas secuestros y toma de rehenes por parte de grupos terroristas: prevención y respuestas*, 2011, en:

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUK_EwjHopzRI9fnAhVsQUEAHQqUALEQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fdia1.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5734108.pdf&usg=AOvVaw1ZCTikAeHy6IrmXBxH4pDe

ZGRYZIEWICZ, R., *Daesh recruitment. How the group attracts supporters*, NATO Strategic Communications Centre of Excellence, 2016.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

— : *Fundamentos de Derecho Penal. Parte General*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “De los delitos de desorden público”, en GÓMEZ TOMILLO, M. / JAVATO MARTÍN, A.M. (Dirs), *Comentarios prácticos al Código Penal*, tomo VI, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2015.

JURISPRUDENCIA

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 31 de diciembre 1979 (TOL1.740.952; PONENTE: JAIME DE CASTRO GARCÍA)

STS 5456/1986, de 14 de octubre (ID CEDOJ: 28079120011986100979; PONENTE: RAMÓN MONTERO FERNÁNDEZ-CID)

STS de 25 de junio de 1990 (TOL458.265; PONENTE: ENRIQUE RUIZ VADILLO)

STS 8103/1997, de 29 de mayo (TOL1.551.750; PONENTE: CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO TOURÓN)

STS 2183/1990 de 18 de junio de 1992 (TOL5.148.221; PONENTE: JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ)

STS 717/1997, de 20 de mayo (TOL408.445; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN)

STS 1321/1999, de 27 de septiembre (TOL5.152.277; PONENTE: JOSÉ ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI)

STS 1778/2000 de 21 noviembre (TOL4.920.270; PONENTE: JOAQUÍN DELGADO GARCÍA)

STS 1622/2001, de 21 de septiembre (TOL4.976.463; PONENTE: ROBERTO GARCÍA-CALVO Y MONTIEL)

STS 71/2002, de 24 de enero (TOL4.965.052; PONENTE: JOSÉ APARICIO CALVO-RUBIO)

STS 421/2003 de 10 de abril (TOL276.348; PONENTE: JUAN SAAVEDRA RUIZ)

STS 178/2003, 22 de julio (TOL.308.170; PONENTE: JOSE ANTONIO MARAÑÓN CHÁVARRI)

STS 1030/2007, de 4 diciembre (TOL1.229.910; PONENTE: COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA)

STS 503/2008, de 17 de julio (TOL.1.371.325; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA)

STS 105/2009, de 30 de enero (TOL1.448.788; PONENTE: MIGUEL COLMENERO DE LUARCA)

STS 864/2009, 13 de julio de 2009 (TOL. 1.594.288; PONENTE: ADOLFO PREGO DE OLIVER TOLIVAR)

STS 987/2009, de 13 de octubre (TOL1.459.586; PONENTE: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA)

STS 674/2010, de 5 de julio, (TOL1.921.966; PONENTE: MANUEL MARCHENA GÓMEZ)

STS 293/2011, de 14 de abril, (TOL. 2.181.130; PONENTE: MIGUEL COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA)

STS 373/2011, de 13 de mayo (TOL 2.123.517; PONENTE: JULIÁN ARTEMIO SÁNCHEZ MELGAR)

STS 271/ 2012, de 26 de marzo (TOL3.531.175; PONENTE: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA)

STS 977/2012 de 30 octubre (TOL2.704.509; PONENTE: ANTONIO DEL MORAL GARCÍA)

STS 289/2014, de 8 de abril (TOL4.224.777; PONENTE: MANUEL MARCHENA GÓMEZ)

STS 121/2015, de 5 marzo (TOL.4.763.859; PONENTE: JOAQUÍN GIMÉNEZ GARCÍA)

STS 961/2016 de 20 diciembre (TOL5.920.323; PONENTE: PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ)

STS 354/2017, de 17 de mayo (TOL6.100.431; PONENTE: ANDRÉS PALOMO DEL ARCO)

STS 655/2017, de 5 de octubre (TOL.6.388.636; PONENTE: JOSÉ RAMÓN SORIANO SORIANO)

STS 661/2017, de 10 de octubre (TOL6.378.785; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO)

STS 734/2017, de 15 de noviembre (TOL.6.436.725; PONENTE: LUCIANO VARELA CASTRO)

STS 979/2017, de 26 de febrero de 2018, (TOL.6.525.748, PONENTE: ALBERTO G. JORGE BARREIRO)

STS 95/2018 de 26 febrero (TOL6.525.748; PONENTE: ALBERTO JORGE BARREIRO)

STS 677/2018, de 20 de diciembre (ID CENDOJ: 28079129912018100008 / PONENTE: VICENTE MAGRO SERVET)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC de 19 de enero de 1962

STC 174/1985, de 17 de diciembre (TOL79.817; PONENTE: ÁNGEL LATORRE SEGURA)

STC 120/1990, de 27 de junio (TOL119.205, PONENTE: FERNANDO GARCÍA-MON Y GONZÁLEZ-REGUERAL)

STC 150/1991, de 4 de julio (TOL80.562; PONENTE: LUÍS LÓPEZ GUERRA)

STC 62/1994, de 28 de febrero (TOL82.470 PONENTE: JOSÉ GABALDÓN LÓPEZ)

STC 325/1994, de 12 de diciembre (TOL82.729; PONENTE: RAFAEL DE MENDIZÁBAL ALLENDE)

STC 128/1995, de 26 de julio (TOL82.867; PONENTE: CARLES VIVER PI-SUNYER)

STC 112/1996 de 24 de junio (TOL104.645; PONENTE: TOMÁS S. VIVES ANTÓN)

STC 58/1997, de 18 de marzo (TOL83.201; PONENTE: VICENTE GIMENO SENDRA)

STC 111/1999, de 14 de junio, (TOL81.170; PONENTE: JULIO DIEGO GONZÁLEZ CAMPOS)

STC 147/1999, de 4 de agosto (TOL81.197, PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS)

STC 25/2000, de 31 de enero (TOL22.443; PONENTE: PABLO GARCÍA MANZANO)

STC 87/2000, de 27 de marzo (TOL24.512; PONENTE: MARÍA EMILIA CASAS BAAMONDE)

STC 196/2003, de 27 de octubre (TOL319.14; PONENTE: EUGENI GAY MONTALVO)

STC 25/2004 (TOL500.528; PONENTE: ELISA PÉREZ VERA)

STC 111/2008, de 22 de septiembre, (TOL1.372.375; PONENTE: VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS)

STC 208/2013, de 16 diciembre (TOL4.060.061; PONENTE: ADELA ASUA BATARRITA)

AUDENCIA NACIONAL

SAN 71/2009, de 23 de octubre (TOL1.761.573; PONENTE: ÁNGEL LUIS HURTADO ADRIÁN)

SAN 2/2011, de 20 de enero de 2011 (TOL2.026.275; PONENTE: SALVADOR FRANCISCO JAVIER GÓMEZ BERMÚDEZ)

SAN 6/2012, de 12 de julio (TOL3.891.42; PONENTE: JOSÉ RICARDO JUAN DE PRADA SOLAESA)

SAN 39/2016, de 30 de noviembre (TOL5.901.279; PONENTE: CLARA EUGENIA BAYARRI GARCÍA)

SAN 38/2016, de 7 de diciembre (TOL5.914.491; PONENTE: JULIO DE DIEGO LÓPEZ)

SAN 3/2017, de 17 de febrero (TOL5.969.990; PONENTE: ENRIQUE LÓPEZ Y LÓPEZ)

SAN 5/2017, de 28 de febrero (TOL5.976.441; PONENTE: JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO)

SAN 11/2017, de 17 de marzo (TOL6.042.471; PONENTE: MANUELA FRANCISCA FERNANDEZ PRADO)

AUDENCIAS PROVINCIALES

SAP de Madrid de 3 de septiembre de 1988 (TOL5.189.914; PONENTE: JOSÉ LUIS DURÁN BERROCAL)

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS DE ESTRASBURGO

STEDH de 8 de julio de 1999, caso Surek c. Turquía (TOL6.594.886; PONENTE: MR. L. WILDHABERT (PRESIDENT))

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS

Sentencia del Tribunal Superior de Estados Unidos Ashcroft v. The Free Speech Coalition

Sentencia del Tribunal Superior de Estados Unidos Regina v. Sharpe y Osborne v. Ohio

Sentencias del Tribunal Superior de Estados Unidos Stanley v. Georgia

LEGISLACIÓN CONSULTADA

LEGISLACIÓN CONSULTADA

Carta de las Naciones Unidas, Organización de las Naciones Unidas, 26 de junio de 1945.

Circular sobre confesiones religiosas, Dirección general de instituciones penitenciarias, 21 de febrero de 2007.

Constitución Española de 1978.

Código penal español, decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de Julio de 1822.

Código Penal de 1870.

Código Penal de 1932.

Codice Penale Italiano.

Convención Contra la Tortura de la Organización de las Naciones Unidas, en: https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cat_SP.pdf

Decisión marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre la lucha contra el terrorismo.

Convenio Europeo de Derechos Humanos, en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

Decisión Marco 2008/919/JAI del consejo, de 28 de noviembre de 2008, por la que se modifica la Decisión Marco 2002/475/JAI sobre la lucha contra el terrorismo, en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32008F0919&from=en>

Decisión Marco 2008/919/JAI, del Consejo de 28 de noviembre, en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2008-82452>

Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana. Olympe de Gouges, en <http://clio.rediris.es/n31/derechosmujer.pdf>

Declaración de la Presidencia del Consejo de Seguridad, adoptada en su sesión 7453 de 29 de mayo de 2015.

Declaración universal de los Derechos Humanos de la ONU

“Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales”, de Las Naciones Unidas y la descolonización, en: <https://www.un.org/es/decolonization/declaration.shtml>

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, Texto Refundido conforme a la Ley 44/1971, de 15 de noviembre.

Decreto Legge 625, 15 diciembre: “Misure urgenti per la tutela dell’ordine democratico, decreto Cossiga”

Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto n. 258/2013, de 3 de julio.

Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo y se modifica la Decisión 2005/671/JAI del Consejo.

Directrices para los servicios penitenciarios y de libertad condicional en relación con la radicalización y el extremismo violento, en: http://cejfe.gencat.cat/web/.content/home/recerca/recce/directricesServiciosPenitenciarios_ES.pdf

Estrategia Global de las Naciones Unidas Contra el Terrorismo, Equipo Especial sobre la Ejecución de la Lucha contra el Terrorismo, en: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/un-global-counter-terrorism-strategy>

Instrucción para el Nuevo Programa para la prevención de la radicalización en los establecimientos penitenciarios: Medidas para la detención y prevención de procesos de radicalización de internos musulmanes, Secretario General de Instituciones Penitenciarias, 11 de julio de 2014, Madrid.

Ley 45/1959, de 30 de julio, de Orden Público

Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

LO 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal.

LO 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de 2010.

LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

LO 2/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos de terrorismo.

LO 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana.

Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870, Código Penal de 1870.

MEZGER, G., Primer informe BA 22/934.

Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/56/pdfs/ukpga_19740056_en.pdf

Regio decreto-legge 19 ottobre 1930, n. 1398, in materia di “*Approvazione del codice penale*”.

Resolución 1373 (2001), del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en su 4385.^a sesión, celebrada el 28 de septiembre de 2001.

Resolución 1514 (XV) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1960.

Resolución 2178 (2004), Aprobada por el Consejo de Seguridad en su 7272 a sesión el 24 de septiembre de 2014.

RECURSOS WEBS CONSULTADOS

RECURSOS WEB CONSULTADOS

“«A global response is needed to eradicate the sources of financing that support criminals and terrorists», says Francisco Martínez”, en *Palacio de la Moncloa*, en: <https://www.lamoncloa.gob.es/lang/en/gobierno/news/Paginas/2015/20150203-francisco--mart-.aspx>

“Active users of the Top Social Platforms and Messaging tools, by age”, en *Global Index Web*: <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>

Barómetro del CIS de julio de 2017, estudio n. 3183, julio 2017, en: http://datos.cis.es/pdf/Es3183mar_A.pdf

“Chair of the Counter-Terrorism Committee”, en *Security Council, Counter-terrorism Committee*, en: <https://www.un.org/sc/ctc/about-us/current-chair-of-the-counter-terrorism-committee/>

“Chernóbil: la verdadera escala del accidente”, en *Centro de prensa de Naciones Unidas*, en: <https://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr38/es/>

“Edición 1: Dhu al-Hijjah”, en *Revista Rumiya*, septiembre de 2016, en: <http://clarionproject.org/wp-content/uploads/Rumiyah-ISIS-Magazine-1st-issue.pdf>

“Edición 2: Muharram”, en *Revista Rumiya*, octubre de 2016, en: <http://clarionproject.org/wp-content/uploads/Rumiyh-ISIS-Magazine-2nd-issue.pdf>

“Edición 3: Shawwal”, en *Revista Rumiya*, noviembre de 2016.

Conflict Archive on the INternet, en: <http://cain.ulst.ac.uk/sutton/>

“DAESH: Information campaign and its influence, Strategic Communications Centre of Excellence Riga 2015”, en *NATO* en: <https://www.stratcomcoe.org/daesh-information-campaign-and-its-influence>

Definición de “acceder”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <http://dle.rae.es/?id=0K1XBn0>

Definición de “apto”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=3KdgGl7>

Definición de “adistrar”, por *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=0kZKDbL>

Definición de “adoctrinamiento”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

Definición de “adoctrinar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=0nj0eYT>

Definición de “capacitarse”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=7HbGYPr>

Definición de “hábil”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=JvLO70G>

Definición de “personalidad”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <http://dle.rae.es/?id=SjbIp9U>

Definición de “poseer”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <http://dle.rae.es/?id=TmjwQbV>

Definición de “posesión”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <http://dle.rae.es/?id=TmqxclV>

Definición de “radicalización”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=V14sJDs>

Definición de “radicalizar”, por la *Real Academia Española* (RAE), en: <https://dle.rae.es/?id=V14sJDs>

Diccionario de confesiones religiosas, Observatorio del pluralismo religioso en España, en: <http://www.observatorioreligion.es/diccionario-confesiones-religiosas/glosario/imam.html>

“Estadísticas de criminalidad”, en *Ministerio del Interior*, en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/6865255/Presentacion+ministro_Balance+de+Criminalidad+2016.pdf

Estudio sobre criminalidad de los Estados miembro de la Unión Europea llevado a cabo por *Eurostat, Staticstics Explained*, en: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Crime_and_criminal_justice_statistics/es

“Fallecidos terrorismo indemnizados Ministerio interior”, en *Ministerio del Interior*, en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/1210621/fallecidos_terrorismo_indemnizados_02_01_2015.pdf/8e8df51d-947b-462a-a6d8-130e3f4d7f79

Global Index Web, en: <https://www.smartinsights.com/wp-content/uploads/2014/04/Demographic-use-of-social-networks-age-and-gender.jpg>

“Informe especial 2015. Institución para la observación y seguimiento de la situación del ciudadano musulmán y la islamofobia en España.” en *UCIDE*, 2016, en: <http://observatorio.hispanomuslim.es/isj15.pdf>

“Intentional homicides, 2016 (police-recorded offences per 100 000 inhabitants”, en *Eurostat, Staticstics Explained*, en: [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_\(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants\).png](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=File:Intentional_homicides,_2016_(police-recorded_offences_per_100_000_inhabitants).png)

INSTITUTE FOR ECONOMICS & PEACE, *Global Terrorism Index 2016. Measuring and understanding the impact of Terrorism*, en: <http://visionofhumanity.org/app/uploads/2017/02/Global-Terrorism-Index-2016.pdf>

“La llamada a la Hégira”, en *Revista Dabiq*, n. 3, de 10 de septiembre de 2014, en: <https://www.ieproject.org/projects/dabiq3.html>

“La lucha contra el terrorismo en la UE”, en *Consejo Europeo. Consejo de la Unión Europea*, en: <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/fight-against-terrorism/#>

“Lucha contra el terrorismo”, en *Ministerio del Interior*, en: <http://www.interior.gob.es/es/prensa/balances-e-informes/lucha-antiterrorista-contr-eta-y-el-terrorismo-internacional-xii-legislatura-2016->

“Lucha contra el terrorismo desde los Foros Internacionales”, en Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión europea y Cooperación, en: <http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/Terrorismo/Paginas/LuchaContraElTerrorismoDesdeLosForosInternacionales.aspx>

“Member States”, en *Security Council. Counter-terrorism Committe*, en: <https://www.un.org/sc/ctc/about-us/member-states/>

Noticia “Al menos 49 muertos en un atentado supremacista contra dos mezquitas en Nueva Zelanda”, en *El País*, en: https://elpais.com/internacional/2019/03/15/actualidad/1552616642_719105.html

Noticia “British intelligence used cupcake recipes to ruin al-Qaida website”, en *The Guardian*, en: <https://www.theguardian.com/uk/2011/jun/02/british-intelligence-ruins-al-qaida-website>

Noticia “El EI quema vivos a dos presuntos soldados turcos”:, en *La Razón*, en: http://www.la-razon.com/mundo/EI-quema-vivos-soldados-turcos_0_2624137578.html

Noticia “El paralelismo entre el atentado de Nueva Zelanda y la masacre de Utoya”, en *El Mundo*, en: <https://www.elmundo.es/internacional/2019/03/15/5c8bb375fc6c83457f8b45b0.html>

Noticia “Estado Islámico: miles de millones para la yihad”, en *elPeriódico*, en: <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20151121/estado-islamico-miles-de-millones-para-la-yihad-4691963>

Noticia “Hollande sobre los ataques en París: «Francia está en guerra»”, en *BBC Mundo*, en: https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/11/151116_francia_se_declara_en_guerra_b_m

Noticia “Imanes para combatir el lavado de cerebro en la cárcel”, en *El País*, en: http://politica.elpais.com/politica/2016/11/29/actualidad/1480445877_689530.html

Noticia “La mayoría de imanes que predica el islam carece de formación para hacerlo”, en *La Vanguardia*, en: <http://www.lavanguardia.com/20150418/54430015487/la-mayoria-de-imanes-que-predica-el-islam-carece-de-formacion-para-hacerlo.html>

Noticia “September 11 Terror Attacks Fast Facts”, en *CNN*, en: <https://edition.cnn.com/2013/07/27/us/september-11-anniversary-fast-facts/>

Noticia “Tunisia attack on Sousse beach «kills 39»”, en *BBC news*, en: <https://www.bbc.com/news/world-africa-33287978>

Noticia “UN human rights panel concludes ISIL is committing genocide against Yazidis”, en *UN news*, en: <https://news.un.org/en/story/2016/06/532312-un-human-rights-panel-concludes-isil-committing-genocide-against-yazidis>

Noticia “Un juez de violencia machista investigará al hombre que ayudó a morir a su mujer”, en *Agencia EFE*, en: <https://www.efe.com/efe/espana/portada/un-juez-de-violencia-machista-investigara-al-hombre-que-ayudo-a-morir-su-mujer/10010-3949593>

“Percepción de los principales problemas de España”, en *CIS*, en: http://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Indicadores/documentos_html/TresProblemas.html)

Plan de Acción para Prevenir el Extremismo Violento, en: <https://www.un.org/counterterrorism/ctitf/es/plan-action-prevent-violent-extremism>

“Prevenir el extremismo violento”, en *UNESCO*, en: <https://es.unesco.org/preventing-violent-extremism>

Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act 1974, en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1974/56/pdfs/ukpga_19740056_en.pdf

Revista Inspired, vol. 1, en: <https://www.documentcloud.org/documents/2301434-aqap-inspire-magazine-volume-1.html>

Sinopsis del art. 16 CE, en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=16&tipo=2>

Sinopsis del art. 14 CE, en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=14&tipo=2>

“Víctimas de ETA”, en *Fundación Víctimas del Terrorismo*, en: <http://fundacionvt.org/victimas-de-eta/>

“Víctimas mortales de ETA”, en *Ministerio del Interior*, Gobierno de España, en: http://www.interior.gob.es/documents/10180/1210621/fallecidos_terrorismo_indemniza_dos_02_01_2015.pdf/8e8df51d-947b-462a-a6d8-130e3f4d7f79

“Víctimas del 11M”, en *Fundación de Víctimas del Terrorismo*, en <http://fundacionvt.org/victimas-yihadismo/>