

Revista Crítica Penal y Poder
2017, nº 13,
Octubre (pp.146-166)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



DEL “TERRORISTA” AL “RADICAL”: LOS DELITOS DE SUBJETIVIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL

FROM “THE TERRORIST” TO “THE RADICAL”: SUBJECTIVITY CRIMES IN THE SPANISH CRIMINAL CODE

Jesús C. Aguerri

Universidad de Zaragoza

RESUMEN

Desde el año 2000 las sucesivas reformas del Código Penal en materia de terrorismo han ido ampliando las conductas que podían ser consideradas delito de terrorismo. Estas reformas han permitido llevar la intervención de la justicia penal cada vez más atrás en la cadena de causalidad que, se presupone, conduce a un atentado. Este proceso tiene su máximo exponente en lo que hemos denominado “delitos de subjetividad terrorista”. En estos delitos, la argumentación para juzgar unos hechos como delictivos no requiere que se demuestre una relación objetiva (física, material) con la violencia o con aquellos que la ejercen, sino que se argumentan relaciones subjetivas, de proximidad ideológica, entre el individuo juzgado y el terrorismo. Como planteamos en el presente artículo, estas transformaciones de los tipos penales relacionados con el terrorismo responden a un giro “preventivista” en la lucha penal. El Derecho Penal ha pasado así de dirigirse contra el terrorista a dirigirse contra el “radical”, un individuo cuyo contacto subjetivo con el terrorismo permite que se le extienda la consideración de “enemigo”.

Palabras clave: terrorismo, Código Penal, radicalización, preventivismo, neoliberalismo

ABSTRACT

Since 2000 the successive Criminal Code reforms in the subject of terrorism have broadened the range of conducts which could be considered a terrorist crime. These reforms have pulled criminal justice way back along the chain of causality that, supposedly, may lead to an attack.

That process has its greatest exponent in what we have come to call “terrorism subjectivity crimes”. In these crimes is not necessary to argue any objective relation between the individual who is being judged and the violence. It is only necessary to argue some kind of subjective link, a sort of ideological proximity, between the accused and the terrorism. These changes in terrorist crimes show a “preventivist” dynamic in the criminal fight against terrorism. Penal laws, which used to fight terrorists, are now fighting ‘radicals’. The radical is an individual who, according to the State, keeps some subjective contact with terrorism, thus becoming new “public enemy”.

Key words: terrorism, criminal code, radicalization, preventivism, neoliberalism

1. Introducción

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal recogía los delitos de terrorismo entre los artículos 571 y 578. Estos eran principalmente delitos comunes que, cometidos en un marco de pertenencia o colaboración con una organización –o finalidad–terrorista, pasaban a considerarse delitos de terrorismo. Pero las sucesivas reformas legales han ido llevando la intervención de la justicia penal cada vez más atrás en la cadena de causalidad que, se presupone, conduce a un atentado (Galán Muñoz, 2016). De condenar la comisión de un atentado o el hecho de estar planeándolo, como se recogía en la redacción original del Código Penal de 1995, se ha ido retrocediendo hasta llegar a condenar a alguien por acceder a información que pudiera llevarle a integrarse en un grupo terrorista, como se recoge en el artículo 575 de la ley actual.

Este proceso no es un particularismo del Derecho español. De hecho, las principales reformas de la legislación penal española en materia de terrorismo se han hecho para incluir las decisiones tomadas por el Consejo de Europa¹ y por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas². Estas reformulaciones de lo que se puede considerar un delito llevan el Derecho hasta sus límites, cuestionando el viejo principio filosófico kantiano por el cual el Derecho solo puede juzgar actos externos (Kant, 2006 [1785]). En estos *límites* se encuentran esos delitos que hemos denominado *de subjetividad*, compuestos por los delitos de enaltecimiento del terrorismo, difusión del terrorismo y autoadoctrinamiento terrorista. Proponemos el concepto de *delitos de subjetividad* no como concepto jurídico, sino como un término sociológico que nomine –desde fuera del campo jurídico– una serie de conceptos jurídicos que operan más allá del Derecho

A continuación se plantea un abordaje de estos cambios legislativos desde la sociología jurídica y la sociología del Estado. Esta perspectiva nos permite observar que estos cambios en el Código Penal responden a la voluntad de introducir el derecho Penal cada vez más atrás en la cadena de causalidad que supuestamente lleva al acto terrorista. Este claro ejercicio de “preventivismo” (Jiménez Franco, 2015) y de gestión social punitiva (Wacquant,

¹ La reforma del Código Penal de 2010 (LO 5/2010, de 22 de junio), se realizó para incluir en la legislación española la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de Europa.

² Por su parte la reforma del año 2015 (LO 2/2015, de 30 de marzo) se realizó para incluir la Resolución nº 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas .

2010) ha hecho que “la lucha contra los terroristas” se amplíe hasta “la lucha contra los radicales”. El *radical* es aquel que posee ciertas ideas que, a ojos de la justicia, pudieran llevarle a cometer un acto terrorista. El *radical* es por tanto aquel que, según el criterio del Estado, está tocado por las ideas de los terroristas, comparte su subjetividad. La existencia de este nuevo *enemigo* del Estado, de este nuevo *folk devil* (Williams, 2015), nos permite concluir que, en materia de terrorismo, el Derecho ha pasado de limitarse al plano de las conductas objetivas –léase *la implicación directa o indirecta para llevar a cabo acciones sobre el mundo*– a extenderse hasta el plano de las subjetividades.

2. El concepto de terrorismo

La primera definición de terrorismo en el derecho internacional es la adoptada por la Sociedad de Naciones en 1937, que lo define como “hechos criminales dirigidos contra un Estado y cuyos fines o naturaleza consisten en provocar el terror contra personas determinadas, grupos de personas o contra el público”³. Sin embargo, los intentos por parte de Naciones Unidas por ratificar esta definición nunca han conseguido triunfar, como atestigua el fracaso de las negociaciones que tuvieron lugar en 2004 (Rojas, 2012).

En EEUU y Europa operaba, y sigue operando, una definición de terrorismo ligada al uso de la violencia con pretensiones intimidatorias contra un Estado o institución internacional. Esta postura choca con la de otros países, sobre todo los surgidos tras los procesos de descolonización, que reclamaban la consideración de terrorismo para otras acciones de la misma naturaleza –como el uso de la violencia contra población civil con el objetivo de causar terror– realizadas por Estados (Rojas, 2012).

Si atendemos al hecho en sí mismo, es decir, a la acción violenta, es difícil encontrar motivos razonables para distinguir entre la violencia ejercida desde el Estado o desde fuera de él. Si tenemos en cuenta la política internacional la tarea se vuelve todavía más complicada, puesto que, como han resaltado ciertos autores– Chomsky (2002; 2003) y Suárez (2007), por ejemplo–, hay numerosos ejemplos de colaboración entre un Estado y un grupo terrorista con el objetivo de atacar y desestabilizar a un tercero⁴. Ante esto, autores como Pontara (1979), plantean que el terrorismo es el uso de violencia contra inocentes y no combatientes tanto para conquistar como para mantener el poder del Estado.

2.1. El concepto de terrorismo en el ordenamiento jurídico español

Más allá de la polémica académica y política, el término *terrorismo* opera en nuestras sociedades, no solo como mero concepto retórico, sino también de forma práctica, en tanto que se encuentra recogido por el Derecho –tanto a nivel internacional como en la legislación

³ Traducción propia a partir de: *faits criminels dirigés contre un État et dont les fins ou la nature consistent à provoquer la terreur à l'encontre de personnes déterminées, de groupes de personnes ou du public*. (Sommier, 2002, 526).

⁴ Un ejemplo entre otros es la colaboración entre EEUU y la contra nicaragüense para derrocar al gobierno sandinista (Suárez, 2007).

española. La falta de acuerdo teórico y político en torno al concepto no impide que el terrorismo se tipifique jurídicamente. De hecho, en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 2/1997, de 29 de noviembre, se llega a afirmar que:

“[...] el concepto jurídico de "terrorismo" ha de desplazar de su entorno consideraciones periféricas que, marginando objetivos estructurales, dificultan el adecuado tratamiento de tal manifestación subversiva desde el punto de vista técnico. Ello significa que la búsqueda de una definición con relevancia jurídico-penal ha de ser ajena a descripciones teóricas de signo fenomenológico, a categorías analógicas simples, a puras connotaciones políticas o a reduccionismos conceptuales tan abundantes en el campo especulativo”.

Siguiendo este planteamiento iuspositivista, el terrorismo se encuentra definido en el ordenamiento jurídico español tomando la cuestión teleológica como elemento central de su definición (Capita, 2007, 38). Esta conceptualización del terrorismo desde un criterio teleológico se expresa también en la Sentencia del Tribunal Supremo 2/1997, de 29 de noviembre. En ella el Tribunal Supremo aporta la definición jurídica de terrorismo que opera en la justicia española.

“la fórmula definidora del mismo es la de ser una actividad planificada que individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido.”⁵

El Tribunal Supremo elabora esta definición apoyándose en tres elementos: las Sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 199/1987, 89/1993 y 71/1994⁶; la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley); y la definición de terrorismo recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cual lo define como: “dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin”.

De entre las mencionadas sentencias del Tribunal Constitucional, cabe destacar la STC 89/1993, de 19 de marzo, que haciendo mención explícita a la sentencia del caso Fox, Campbell y Hartley, describe “criminalidad terrorista” como:

“un desafío a la esencia misma del Estado democrático y también, por decirlo con las palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un riesgo especial de sufrimientos y de pérdidas de vidas humanas (Sentencia de 30 de agosto de 1990: Caso Fox, Campbell y Hartley) que ha impuesto

⁵ Tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de *reforma del Código Penal*, esta definición de terrorismo basada en criterios teleológicos se encuentra recogida en el artículo 573 del Código Penal

⁶ La STC 199/1987 recoge el veredicto del Tribunal Constitucional ante un recurso de inconstitucionalidad presentado por los parlamentos del País Vasco y Cataluña a la “Ley orgánica 9/1984, de 26 de diciembre, contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas y de desarrollo del artículo 55.2 de la Constitución”. La STC 89/1993 recoge el veredicto del Tribunal Constitucional ante un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de País Vasco a la “Ley Orgánica 3/1988, de 25 de mayo, de Reforma del Código Penal”.

La STC 71/1994 recoge el veredicto del Tribunal Constitucional ante un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento vasco a la “Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, de Reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”.

regulaciones específicas en el ámbito de la comunidad internacional y en muchos ordenamientos estatales”.

A nivel internacional, el término terrorismo ha funcionado como una forma de conceptualizar una problemática que ha generado un importante volumen de normativas, tratados y planes de acción (Rojas, 2012). Del mismo modo, pese a no existir en la legislación española una definición clara hasta la citada sentencia de 1997, el terrorismo ya se encontraba recogido en los códigos penales previos y en las leyes de enjuiciamiento criminal. De hecho, se hace mención al terrorismo en el artículo 55 del capítulo Quinto del Título I de la Constitución Española de 1978, en el que se contempla que una ley orgánica pueda regular la suspensión de determinados derechos de personas relacionadas con “investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas”⁷. Como señalan Cancio Meliá (2000) y Galán Muñoz (2016), esto supone establecer *de facto* “una suerte de régimen de «estado de excepción» permanente con respecto al fenómeno terrorista” (2016, 96).

Esta no es la única *medida excepcional* que contempla la legislación española en materia de terrorismo. La competencia exclusiva de la Audiencia Nacional para juzgar delitos de terrorismo –una anomalía jurídica que le da cierto carácter de Tribunal Excepcional⁸–, la detención en régimen de incomunicación o la posibilidad de mantener a los sospechosos hasta 4 años en prisión provisional son algunas de las medidas que el Relator Especial de Naciones Unidas, Martín Scheinin (Naciones Unidas, 2008), recomendó revisar al Gobierno de España para hacer compatible la legislación antiterrorista española con las normas internacionales de Derechos Humanos. Scheinin también llamó la atención al estado español sobre el riesgo de adentrarse en una “pendiente resbaladiza” consistente en “la ampliación gradual del concepto de terrorismo a conductas que no suponen ni tienen suficiente relación con la comisión de actos de violencia graves contra los ciudadanos” (ibíd., 23)

2.2. Un concepto de terrorismo desde la sociología: la transgresión de lo sagrado

No podemos entender el terrorismo sin el Estado, dado que el término es en sí mismo una categoría utilizada para referirse a aquellas violencias ejercidas contra el Estado por individuos o grupos a los que no se les concede la legitimidad para hacerlo⁹. Como afirma

⁷ Los derechos fundamentales que, según la CE pueden ser suspendidos se recogen en el apartado 2 del artículo 17 y en los apartados 2 y 3 del artículo 18. Estos apartados hacen referencia al límite de tiempo que un individuo puede permanecer detenido sin pasar a disposición judicial (apartado 2 del art. 17), así como a la inviolabilidad del domicilio y la garantía del secreto en las comunicaciones (apartados 2 y 3 de art, 18, respectivamente). No deja de ser reseñable que la CE contemple la suspensión de derechos fundamentales si se invoca un supuesto, el terrorismo, que ni siquiera está definido.

⁸ Sobre las polémicas en torno al origen franquista y al carácter de Tribunal de Excepción de la Audiencia Nacional, véase: *La Audiencia Nacional. Una visión crítica*, de José María Asencio Mellado (2003).

⁹ Recordemos que el término, tal y como se usa en Occidente, se restringe a aquellos actores que actúan al margen del Estado, cuyo “uso del terror” parece ser el único que merece el apelativo de terrorismo. Este hecho es difícil de justificar desde una óptica que no sea puramente ideológica. Como señala Martín-Baró, “[...] resulta poco objetivo e ideológicamente sospechoso poner a la par el terror esparcido por las SS hitlerianas con el “terror” producido por los movimientos de resistencia europeos... por lo mismo, no se ve por qué el

Ruggiero (2009), eso a lo que se llama terrorismo es, en esencia, una violencia política no autorizada que se ejerce contra la autoridad. Cuando esta violencia política es ejercida por un actor autorizado, es decir, por otro Estado, estamos ante actos de guerra (Martín-Baró, 1983)

El hecho principal del que debemos partir, es que el terrorismo es un crimen, una conducta ilegal, jurídicamente definida. En tanto que crimen, no tiene realidad ontológica, tan solo existe como resultado de un proceso previo de construcción (Hillyard y Tombs, 2013). Esto no quiere decir que adoptemos la visión esencialista del crimen enunciada por Paul Tappan (1947), autor para el cual solo se debe considerar crimen a aquellos comportamientos jurídicamente condenados. Siguiendo la recomendación de la sociología de Pierre Bourdieu de huir de los conceptos esencialistas (Bourdieu y Wacquant, 2005), abogamos por un concepto relacional de crimen. Esto nos permite tomar el concepto de Tappan, y definir el crimen como transgresión de un código legal, sin restringirlo al ámbito exclusivo de las normas de conducta objetivadas y burocráticamente definidas. Esto es posible porque, como plantea Bourdieu (2005), las legitimidades sociales no son categorías subjetivas, sino subjetivaciones de estructuras objetivas definidas en gran medida por el Estado.

Por tanto, podemos extraer dos elementos que definen al terrorismo basándonos en cómo este está recogido en la legislación española. En primer lugar, debemos observar que se trata de una *violencia subjetiva* (Žižek, 2009), percíbidle de forma externa, y con una naturaleza física (material). En segundo lugar, que tiene una dimensión política: siendo el Estado el gran garante de lo político, toda acción terrorista es una forma de relación, directa o indirecta con el Estado, porque es el intento de un grupo de influir de alguna forma sobre el Estado, o de ejercer una influencia política sobre un grupo dentro del dominio del Estado. Como señala Žižek (2004), la clave de la lucha política es la capacidad para definir el mismo campo y determinar qué actores y medios son reconocidos como legítimos por el resto de agentes. El terrorismo es una interacción ilegítima dentro del campo político, un intento de jugar en él sin contar con el aval para ello. De esta forma, el terrorismo se erige como un acto que rompe las reglas del juego político, como la movilización de capitales para extraer un poder que no se tiene dada la estructura del campo en el que se pretende influir. A su vez, el terrorismo usurpa aquello que define al Estado en tanto tal: el monopolio de la violencia física.

No obstante, debemos tener en cuenta que el Estado no solo se define por el monopolio del uso legítimo de la violencia física; sino que, como afirma Pierre Bourdieu (1978), también reclama para sí la violencia simbólica.

En origen, el Estado (al menos el Estado moderno) se erige por y para la acumulación de diferentes capitales (Tilly, 2006), pero pronto esta acumulación requerirá de recursos simbólicos que permitan legitimar la extracción, acumulación y organización de tales recursos. De este modo, el estado se convierte con el paso de los siglos en la gigantesca máquina “clasificadora y clasificante” (Bourdieu, 2014) que conocemos hoy en día, dotándose de la capacidad para crear realidades, para definir lo oficial y, por tanto, para determinar, en un grado altísimo, lo real (Bourdieu, 1993). De este modo, determinando lo legal, el Estado define también, en alto grado, qué es o no legítimo.

terrorismo de los secuestros de la OLP sería igual y aun peor que el terrorismo de los bombardeos masivos del ejército israelí” (1983, 415)

En los estadios más prematuros del desarrollo del Estado la garantía de la paz y el orden ya aparecía como justificación principal de su existencia (Tilly, 1975). El monopolio de la violencia física ha servido tradicionalmente a este propósito, pero también lo ha hecho el monopolio de la *violencia simbólica* (Bourdieu, 1993).

Esta dimensión del terrorismo como transgresión del monopolio estatal de la violencia legítima, realizada con cierta voluntad política, lleva a que el terrorismo sea considerado algo más que una manifestación de violencia ejercida por determinadas motivaciones. Lleva a que sea visto como una “herejía”, un desafío a la sacralidad del Estado como monopolizador de la violencia, vehiculizador del conflicto político y garante de la paz y el orden en un determinado territorio.

Por tanto, no estamos solo ante una transgresión en la práctica de las normas del campo político, y ante la usurpación del monopolio de la violencia física. El terrorismo implica también una ruptura moral, una ruptura del orden simbólico. La reacción del estado español ante esta ruptura ha sido declarar ilegal la consideración de esta violencia como legítima

3. Las reformas de los delitos de terrorismo

En 2008, la Sentencia del Tribunal Supremo 503/2008, de 17 de Julio, afirmaba lo siguiente:

"[...]en definitiva, de las pruebas practicadas, tal como son reflejadas en la sentencia, resulta que el recurrente es una persona de ideas radicales e incluso violentas, que se relacionaba con otras personas que sostienen ideas similares, lo cual, si bien debe ser claramente rechazado en nuestra sociedad y en cualquier otra caracterizada por un sistema de libertades, y puede constituir un conjunto de indicios que justifiquen una investigación e incluso la sumisión a alguna especie de control acerca de la progresión de sus actividades, no alcanzan el rango de pruebas bastantes para acreditar la pertenencia a una banda armada, a un grupo o a una organización terrorista, para lo cual es preciso, como ya se dijo, acreditar que de la mera forma de pensar se ha pasado a alguna forma de acción para hacerla efectiva por medio de la violencia o el terror. [...] la coincidencia ideológica entre diversas personas, aunque sea en ideas violentas contra otros, y la existencia de relaciones entre ellas, no acreditan por sí mismas la pertenencia a una organización terrorista. Es preciso constatar la existencia de una decisión individualizada de pasar a la acción adoptada por el acusado que se haya traducido en algún acto externo”

Esta Sentencia del Tribunal Supremo impone un criterio por el cual se distingue claramente a un grupo de individuos que tiene unas ideas concretas de un grupo que tiene unas ideas y, además, comete o busca cometer, una serie de acciones violentas. Esta sentencia recoge el espíritu de la legislación penal antiterrorista vigente en 2008, la cual se encontraba recogida principalmente en la redacción original Código Penal de 1995¹⁰

Los artículos referidos a delitos de terrorismo recogidos en la Ley Orgánica, 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, pueden ser divididos en tres grupos. Por una parte,

¹⁰ Es decir, la correspondiente a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Publicado en BOE núm. 281 de 24 de noviembre de 1995.

estos artículos tipificaban distintos delitos comunes que, realizados en el marco de la pertenencia o la colaboración con una organización terrorista, pasaban a considerarse delitos de terrorismo. De este modo, el artículo 571 hace referencia a la comisión de estragos o incendios, el 572 a los atentados contra personas, el 575 al robo; el 573 a la tenencia, fabricación o transporte de explosivos, armas o municiones.

Por otra parte, el artículo 577 tipifica como delitos de terrorismo aquellos actos (tales como la fabricación de armas, el homicidio, el secuestro, etc.) llevados a cabo por individuos que no están vinculados con ninguna organización pero buscan “subvertir el orden constitucional” o alterar “la paz pública”.

Y, por último, encontramos los artículos 576 y 577. El artículo 576, penaliza la colaboración con organizaciones terroristas, circunscrita a la vigilancia de personas y la transmisión de información, así como diferentes formas de apoyo logístico (cesión de alojamientos, ocultación de personas, etc.). Por su parte el artículo 578 recoge la provocación, la conspiración y la proposición de los delitos recogidos en los artículos anteriores.¹¹

Como vemos, este código legal se centra en penalizar acciones externas. En el ordenamiento jurídico español, el terrorismo se caracteriza por la búsqueda de “subvertir el orden constitucional” o “alterar la paz pública” (Gómez Martín, 2010; Nuñez Castaño, 2013; Galán Muñoz, 2016), actuando así como un marco que agrava ciertos delitos. Existía, por lo tanto, un régimen de determinación y ejecución de penas mucho más severo para aquellos delitos que se cometieran en el marco de una organización o de unos fines calificados como terroristas (Galán Muñoz, 2016). Sin embargo, esta dinámica de endurecimiento de las penas era común a todos los delitos relacionados con la delincuencia organizada (Cancio Meliá, 2008).

En el año 2000 la LO 7/2000, de 22 de diciembre, introdujo en el artículo 578 del Código Penal el delito de enaltecimiento del terrorismo. Se abre así la vía para castigar penalmente a quienes manifiesten ideas favorables al terrorismo. Esta reforma anticipa el espíritu de las reformas posteriores. No obstante, la apología del delito ya se encontraba recogida en el artículo 18 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, de modo que la introducción del delito de enaltecimiento del terrorismo tan solo es la tipificación como delito de terrorismo de un delito común, la apología del delito, realizada en un contexto de actividades terroristas.

En 2008, la Unión Europea revisó el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo y adoptó la Decisión Marco 2008/919/JAI. Para hacerse cargo de las obligaciones legislativas derivadas de la nueva normativa europea, el estado español modificó los delitos de terrorismo a través de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal. Como se afirma en el apartado XXIX del preámbulo de dicha reforma:

“de conformidad con la pauta marcada por la citada Decisión Marco, al artículo 576 se añade un número 3 que amplía el concepto de colaboración con organización o grupo terrorista, asimilándoles conductas que hasta el presente han planteado algunas dificultades de encaje legal: así se ofrece la

¹¹ Hemos realizado un recorrido muy rápido por el CP de 1995, obviando la jurisprudencia que concreta estos artículos. Tampoco hemos hecho mención al artículo 579, que contempla la reducción de penas si el individuo se arrepiente y colabora, ni al artículo 580, que equipara las sentencias de tribunales extranjeros a las de los tribunales españoles a la hora de tener en cuenta el agravante de reincidencia. Ambas decisiones han sido tomadas para agilizar la exposición del contenido del CP de 1995, puesto que no es nuestro objetivo analizarlo, sino solo mencionarlo para dar contexto a las reformas posteriores.

oportuna respuesta punitiva a la actuación de los grupos o células - e incluso de las conductas individuales - que tienen por objeto la captación, el adoctrinamiento, el adiestramiento o la formación de terroristas.”

En el mismo apartado del preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, se hace referencia al otro gran cambio que, en base a la mencionada Decisión Marco, se introduce en el Código Penal:

“En la misma línea apuntada por la normativa armonizadora europea, se recogen en el primer apartado del artículo 579 las conductas de distribución o difusión pública, por cualquier medio, de mensajes o consignas que, sin llegar necesariamente a constituir resoluciones manifestadas del delito (esto es, provocación, conspiración o proposición para la realización de una concreta acción criminal) se han acreditado como medios innegablemente aptos para ir generando el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir [...]”

En esa misma línea, el preámbulo de la LO 2/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, hace hincapié en los mensajes lanzados por ciertas organizaciones cuyos destinatarios “pueden ser individuos que, tras su radicalización y adoctrinamiento, intenten perpetrar ataques contra los objetivos señalados, incluyendo atentados suicidas”.

Las palabras del legislador en estos preámbulos dejan claro que el objetivo de las reformas del Código Penal fue mejorar el aparataje punitivo destinado a combatir los “medios” que generan “el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir” (LO 5/2010, de 22 de junio). El CP previo a la reforma de 2010 se limitaba a tipificar delitos y considerar los fines terroristas como una suerte de agravante. Los delitos de terrorismo eran hechos delictivos que adquirirían el estatus de “delitos de terrorismo” al realizarse en el marco de una organización o con unos fines terroristas. En consecuencia, para juzgar un delito de terrorismo como tal era necesario, en primer lugar, acreditar la existencia de un grupo o unas intenciones terroristas. Este ejercicio retórico sigue siendo necesario hoy en día. No obstante, una vez realizada esta argumentación, era necesario que hubiera un hecho externo que pudiera ser juzgado, lo que implica la comisión de un delito (materializada o en grado de tentativa) o cierta forma de colaboración a la hora de llevarlo a cabo.

4. Los delitos de subjetividad terrorista

El Estado –a través de la promulgación de ciertas leyes como la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos– y la justicia española a través de ciertas interpretaciones de la ley, fueron creando un marco jurídico que *jugaba* a ampliar los márgenes de las organizaciones terroristas y las conductas que suponían una colaboración con ellas¹². Los delitos de pertenencia y de colaboración con organización terrorista, y el delito de enaltecimiento del terrorismo, introducido por la LO 7/2000, de 22 de diciembre, fueron los

¹² Utilizando la ambigüedad de estas fronteras se dictaron sentencias como la ilegalización de los partidos políticos Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok (STS 2133/2003, de 27 de marzo); la declaración de Segi como organización terrorista (STS 1555/2010, de 31 de marzo)

vehículos utilizados para adelantar las posibilidades de intervenir penalmente (Galán Muñoz, 2016). Estos artículos del Código Penal permitían ir más allá de la participación intentada en los delitos de terrorismo, y calificar como:

“delitos autónomos y consumados la realización de otras muchas conductas que se cometían en el seno, en torno o simplemente para favorecer o ayudar a las peligrosas organizaciones terroristas, pero que estaban todavía muy alejadas del comienzo de la ejecución de atentados que las caracterizan” (ibíd., 99).

Sin embargo, al menos sobre el papel, seguía operando el criterio enunciado en la STS 503/2008, de 17 de Julio, por el cual tener unas ideas consideradas radicales o violentas y juntarse con otros individuos que las comparten, no puede considerarse una prueba de pertenencia a banda armada, siendo para ello necesario acreditar que se ha decidido pasar a la acción.

En definitiva, este criterio al que hace referencia la Sentencia del Tribunal Supremo es aquel viejo pilar del Derecho, expuesto por clásicos como la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, (Kant, 2006 [1785]) o el *Tratado de los delitos y las penas* (Beccaria, 2015 [1764])¹³, por los cuales el Derecho solo puede juzgar actos externos. La reforma del CP de 2010, al buscar acabar con “el caldo de cultivo” del terrorismo, sienta las bases para acabar con este criterio.

En consecuencia, *la lucha penal* contra el terrorismo previa a 2010, si bien estaba principalmente enfocada al acto, jugaba con las categorías de pertenencia y colaboración con banda armada para poder dirigir a la justicia contra aquellos que tenían cierto contacto con *los enemigos* del Estado¹⁴. El contacto debía ser esencialmente físico, material, es decir, debía argumentarse una relación objetiva. Este criterio de objetividad sigue presente en la mayoría de delitos de terrorismo, pero en lo que hemos denominado *delitos de subjetividad* la argumentación para juzgar unos hechos como delictivos no requiere de una relación objetiva: basta con aludir a la proximidad subjetiva con al discurso de una organización denominada terrorista. El contagio del estatus *de terrorista*, ya no se produce a través de relaciones objetivas, sino que es ideológico, por lo que la lucha jurídica contra el terrorismo se lleva al terreno de las subjetividades.

4.1. Enaltecimiento

El artículo 578 del actual Código Penal recoge el tipo penal enaltecimiento del terrorismo. Este artículo establece en su apartado 1 que:

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito,

¹³ En su clásico texto Beccaria se interroga sobre la posibilidad de penar el suicidio, llegando a la conclusión de que cualquier ley que pene el suicidio solo puede considerarse inútil e injusta. Uno de los elementos claves de este razonamiento es la imposibilidad de que las leyes de los hombres castiguen la voluntad de otros hombres. En palabras del propio autor: “A este delito, una vez cometido, es imposible aplicarle pena; y el hacerlo antes, es castigar la voluntad de los hombres, no sus acciones; es mandar en la intención, parte tan libre del hombre que a ella no alcanza el imperio de las leyes humanas” (Beccaria, 2015 [1764], 70)

¹⁴ Sobre este *juego* del estado con el concepto de organización terrorista para poder ampliar aquellas conductas que se consideraban delito, véase: (Gil Gil, 2014)

menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

Este tipo penal fue creado Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de *reforma del Código Penal*. Su primer apartado, en el que se definen las conductas castigadas, no ha sido modificado posteriormente. Sí han cambiado las penas establecidas, que fueron elevadas de 1 a 2 años de prisión hasta “pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses”, por la LO 2/2015, de 30 de marzo, de *reforma del Código Penal*¹⁵.

En primer lugar, debe mencionarse que “en el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas” (STS 224/2010, de 3 de marzo). La primera figura es aquella que declara punible el enaltecimiento o justificación del terrorismo. La segunda figura recoge el delito de humillación o descrédito de las víctimas del terrorismo.

Centrándonos en la primera figura, debemos comentar que en su sentencia 4539/2016, de 22 de noviembre, la Audiencia Nacional señala que para que se dé este delito deben concurrir tres elementos:

“1º. La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica.

2º. El objeto de tal ensalzamiento o justificación ha de ser o cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo en el C.P., o cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos, sin que sea necesario identificar a una o a varias de tales personas, basta que se ensalce a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.

3º. Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión.”

Dada su ambigüedad, los términos “ensalzar y justificar” han tenido que ser definidos por la jurisprudencia. En referencia el término “justificar”, el Tribunal Supremo aclaró que: “Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que solo es un comportamiento criminal” (STS 149/2007, de 26 de febrero)

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2016, de 20 de junio, definió qué se entiende por ensalzar, en los siguientes términos:

“[...] según el Diccionario de la Real Academia Española, es sinónimo de ensalzar, que significa engrandecer, exaltar, alabar.

Exaltar, es elevar a alguien o a algo a gran auge o dignidad, realzar el mérito o circunstancias de alguien.

Alabar es elogiar, celebrar con palabras.

Se coloca así al ensalzando, exaltado o alabado en una posición preferente de virtud o mérito convirtiéndolo en referente y ejemplo a imitar.

El que enaltece —sujeto activo del delito— otorga a los delitos de terrorismo y a los que en ellos intervienen —autores y partícipes— la condición de modelo a seguir, otorgándoles un valor de asimilación al orden jurídico, pese a contradecirlo frontalmente.”

¹⁵ La LO 2/2015 también introdujo en el artículo 578 la posibilidad de que el juez autorizara o demandara la eliminación de las publicaciones o contenidos a través de los que se ha cometido el delito.

En consecuencia, podemos resumir este delito como el hecho de expresarse públicamente de tal forma que se pudiera pensar que se considera legítimo alguno de los delitos de terrorismo recogidos en el Código Penal o que se otorga algún valor o mérito a sus autores. Como señaló Cancio-Meliá tras la aprobación de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, este tipo penal prohíbe el elogio o la defensa de ciertas ideos o doctrinas, y su inclusión en el CP solo es comprensible teniendo en cuenta su vertiente simbólica, que “consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones” (2002, 26).

Resulta evidente que este tipo penal es una limitación a la libertad de expresión, lo cual no supone ningún problema a nivel jurídico porque, como declaró la STC 112/2016, de 20 de junio, el derecho a la libertad de expresión no tiene carácter absoluto. Del mismo modo, apoyándose en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, esa misma sentencia recuerda que:

“en principio, se pudiera considerar necesario en las sociedades democráticas sancionar e incluso prevenir todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia y que, del mismo modo, la libre exposición de las ideas no autoriza el uso de la violencia para imponer criterios propios” (STC 112/2016, de 20 de junio)

4.2. Difusión

La Difusión del terrorismo es un delito que se encuentra recogido en el artículo 579 del actual Código Penal de la siguiente manera:

“1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo.

2. La misma pena se impondrá al que, públicamente o ante una concurrencia de personas, incite a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo, así como a quien solicite a otra persona que los cometa.

3. Los demás actos de provocación, conspiración y proposición para cometer alguno de los delitos regulados en este Capítulo se castigarán también con la pena inferior en uno o dos grados a la que corresponda respectivamente a los hechos previstos en este Capítulo.”

Como se puede apreciar, la actual redacción de este artículo tiene como objetivo la tipificación penal de la incitación a la comisión de delitos de terrorismo. Sin embargo, antes de la reforma de 2015 el punto 1 tenía un segundo párrafo que rezaba:

Cuando no quede comprendida en el párrafo anterior o en otro precepto de este Código que establezca mayor pena, la distribución o difusión pública por cualquier medio de mensajes o consignas dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en este capítulo, generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión, será castigada con la pena de seis meses a dos años de prisión. (LO 5/2010, de 22 de junio)

La aplicación de este delito de difusión –o de promoción– del terrorismo iba más allá de los actos preparatorios regulados en el apartado 3 del artículo (provocación, conspiración y proposición). Su aplicación resultaba relativamente problemática porque se solapaba con el delito de enaltecimiento del terrorismo. Como se afirmó en la Sentencia de la Audiencia

Nacional 3593/2013, del 13 de julio, el enaltecimiento del terrorismo y la difusión del terrorismo “son tipos penales alternativos, que castigan las mismas o similares conductas”.

Sin embargo, pese a haber eliminado el párrafo citado, la LO 2/2015, de 30 de marzo, no ha revertido la tendencia a separar este delito de difusión del terrorismo de los delitos de inducción o provocación recogidos en los artículos 17 y 18 del CP. Los delitos de inducción o de probación a la comisión de un delito requieren “incitar directamente, esto es, de forma clara y manifiesta, a cometer algún delito” (Galán Muñoz, 2016, 120) y, a la vez, al menos que el autor inducido tome la resolución manifiesta de cometer el delito (Gómez Rivero, 1995).

Al no precisar que se cumplan estos requisitos, el delito de difusión del terrorismo no está tipificando actos preparatorios, sino que abre la puerta a castigar la publicación de cualquier contenido que pueda considerarse idóneo para incitar, aunque sea de forma implícita o indirecta, a la comisión de un delito de terrorismo (Galán Muñoz, 2016, 121). No requiere que se cometa tal delito o que el receptor tome la resolución de cometerlo, ni siquiera que exista un destinatario concreto.

4.3. Autoadoctrinamiento

La redacción actual del artículo 575 del CP fue introducida en la Ley Orgánica 2/2015, de 30 de marzo, de *reforma del Código Penal* de 2015. Este reciente tipo penal tiene por objeto convertir en un hecho punible recibir adoctrinamiento o adiestramiento terrorista. Por una parte, los apartados 1 y 3 del artículo penan tanto el hecho de recibir formación con el objetivo de cometer un delito de terrorismo, como el desplazarse a un territorio controlado por un grupo terrorista para recibir formación o cometer algún delito de este tipo. Estos artículos rezan de la siguiente manera:

1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en 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.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero controlado por un grupo u organización terrorista.

Por su parte, el apartado 2 crea lo que se ha denominado “delito de autoadoctrinamiento”. Si bien los apartados 1 y 3 penaban el hecho de ser objeto del adoctrinamiento terrorista, ambos requieren que haya un sujeto (individuo o grupo terrorista) que adocrine. Este apartado 2 abre la puerta a que se pueda penar al adoctrinado, sin necesidad de que haya un sujeto adoctrinador, pues introduce la posibilidad de que el primero “se adocrine” a sí mismo.

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.

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.

Nótese que en los apartados 1 y 3 se hace mención a entrenamientos de combate y a la adquisición de capacidades y conocimientos que permitan la comisión de atentados, mientras que el apartado 2 habla de acceder reiteradamente o poseer contenidos que 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 elimina de esta forma toda vinculación del delito con la comisión de atentados o la adquisición de conocimientos técnicos, lo que abre la puerta a penar a aquel que por su cuenta adquiera conocimientos teóricos que un tribunal considere que le sitúan cerca de unirse a un grupo terrorista. Es decir: se crea la posibilidad de usar la justicia contra aquel que se considere que pueda estar ideológicamente cercano a algún grupo terrorista. Para que esto sea posible basta con probar que el sujeto al que se juzga accede regularmente, o posee, contenidos que sean cercanos ideológicamente a algún grupo terrorista. Si los artículos 578 y 579 penaban la expresión pública de una postura ideológica, este artículo 575, en su apartado 2, pena la toma de dicha postura.

Como confirman las dos condenas dictadas en base a este tipo penal¹⁶, no es necesario argumentar ante el tribunal que se esté preparando algún otro tipo de delito. La única relación entre este tipo penal y cualquier otro delito de terrorismo es meramente subjetiva. Esta relación solo existe en el “fuero interno del sujeto” (Cano-Paños, 2015), puesto que si existiera más allá de “la voluntad del sujeto”, es decir, si las conductas penadas tuvieran una relación objetiva –más allá de una hipotética voluntad futura del sujeto– con cualquier otro delito, al sujeto le sería aplicado cualquier otro tipo penal destinado a castigar hechos preparatorios¹⁷.

Como señala Galán-Muñoz, no estamos ante unas nuevas “figuras que vendrían simplemente a establecer unas nuevas y controvertidas modalidades preparatorias individuales y punibles” (2016, 112) respecto a otros delitos concretos de terrorismo. Se trata de delitos autónomos “cuya realización no tiene por qué estar necesariamente dirigida a la comisión de otro concreto delito terrorista” (ibid., 111).

La elevación general de las penas por delitos de terrorismo¹⁸ y esta ampliación de lo que puede ser considerado delito llevan a Galán-Muñoz a considerar la reforma de 2015

¹⁶ Sentencia de la Audiencia Nacional 4267/2016, 30 de noviembre, y Sentencia de la Audiencia Nacional 4394/2016, de 7 de diciembre.

¹⁷ Es imprescindible volver a citar aquí a Beccaria, para recordar que para el autor: “castigar la voluntad de los hombres, no sus acciones; es mandar en la intención, parte tan libre del hombre que a ella no alcanza el imperio de las leyes humanas” (Beccaria, 2015 [1764], 70)

¹⁸ Al centrarnos en los tipos penales, hemos obviado el aumento de las penas traído por las reformas mencionadas. Para más información a este respecto, véase autores citados como: Galán-Muñoz (2016) o Cano-Paños (2015)

como un mero ejercicio de populismo punitivo que tan solo busca dar a la ciudadanía una “falsa sensación de seguridad” (ibíd., 107).

5. De la lucha contra el terrorismo a la lucha contra los radicales

El Estado Moderno utiliza la necesidad de seguridad y orden como uno de los principales elementos para justificarse (Vallespin, 2007). Ya Hobbes planteaba que el Estado es necesario en tanto que debe separar al hombre de una supuesta “violencia primigenia” (2003 [1651]). El análisis sociohistórico de Elias (1989) confirma que el Estado tiende a extirpar la violencia física de los horizontes de acción de los miembros de la sociedad. Pero esto no implica que el Estado elimine la violencia y la coerción. A través de la acumulación de diferentes especies de capital, de diferentes oportunidades de poder (Bourdieu, 1993), el Estado concentra la capacidad para ejercer y legitimar las diferentes formas de violencia que recorren el espacio social.

El Estado surge a través de la concentración y estructuración del poder (Bourdieu, 1993). El Estado moderno, como uno de los resultados de la evolución del Estado, posee una estructuración burocrática del poder, de modo que sus legitimidades se asientan sobre la legitimidad de la *razón burocrática* (Weber, [1919] 2009). Como vehículo para esta *razón*, el Derecho surge como codificación de las legitimidades sociales, y a la vez como fuente de estas. Si el Estado se caracteriza por los monopolios de la violencia física y de la violencia simbólica, el Derecho ha de garantizar estos monopolios y a la vez dotarlos de legitimidad (Bourdieu, 2001). Por tanto, el Derecho se va a construir argumentalmente sobre los beneficios que depara la concentración de estas formas de coerción para aquellos a los que ampara. Aunque el proceso histórico ha ido dotando al Estado de diversas funciones, y por tanto de diferentes argumentos para justificar su existencia, sus funciones como garante de la seguridad siempre han tenido un papel retóricamente relevante.

En el contexto actual, en el que el proyecto político neoliberal ha llevado al Estado a apartarse de sus labores como proveedor de recursos y garante de derechos sociales (Wacquant, 2012), su necesidad de justificarse a través de su papel como guardián del orden se vuelve más acuciante (Wacquant, 2010)¹⁹, convirtiéndose la política penal en uno de sus principales elementos justificatorios y en la forma predilecta de regulación social (Wacquant, 2001). Ante esta tendencia, algunos autores han acuñado la expresión “gobernar a través del delito” (Simon, 2007) para hacer referencia a la centralidad de los discursos y prácticas punitivas en la forma de gobierno de las últimas décadas (Jiménez Franco, 2015).

Como vimos más arriba, lo que define al terrorismo en el ordenamiento jurídico español es la voluntad de “subvertir el orden constitucional” o de “alterar la paz pública” (Gómez Martín, 2010; Nuñez Castaño, 2013; Galán Muñoz, 2016). Esto, convierte al terrorista en aquel que, “amenaza constantemente” (Kant, 2006 [1785]) y en “el reo de alta

¹⁹ Esta necesidad de justificación retórica combinada con el uso de la prisión como mecanismo de regulación social y como forma de gestionar la desigualdad, han dado lugar a lo que se ha denominado “burbujas penales” o “hipertrofia de los sistemas penales” (Wacquant, 2010)

traición” (Hobbes, 2003 [1651]), es decir en *un enemigo*, (Jackobs y Cancio Meliá, 2003, 32). La fabricación de un enemigo, y la inmersión del Estado en la retórica bélica son fundamentales para la gestión punitiva del “excedente” humano producido por el mercado (Jiménez Franco, 2015). El terrorismo, especialmente en España, ha sido la punta de lanza que ha permitido crear nuevos tipos penales y devaluar el estatus jurídico de los ciudadanos (ibíd., 91), ha sido el “motor de un cambio jurisprudencial” (Rodríguez Yagüe, 2013, 15) basado en la generalización de la excepcionalidad. Además, el terrorista ocupa un papel destacado entre todos los demás “criminales”, puesto que su voluntad de subvertir la autoridad (Ruggiero, 2006), hace de su transgresión del orden simbólico el máximo exponente de la desviación y de la decadencia moral, se convierte en la máxima expresión del *folk devil* (Williams, 2015) que amenaza “nuestros valores y nuestro estilo de vida”²⁰.

Las reformas del CP del 2000, de 2010 y de 2015 son una muestra clara de esta tendencia a “prevenir” el terrorismo a través de la justicia penal. Estas leyes han llevado la lucha contra el terrorismo a la punición de la expresión de ciertas ideas e incluso de la “posesión” de dichas ideas. En consecuencia, juristas como Cancio Meliá (2002) ya catalogaron la LO 7/2000 como una reforma del Código Penal guiada por los principios del *Derecho Penal del Enemigo*; en unos términos muy similares lee Galán Muñoz (2016) la LO 2/2015. Por su parte, tanto Bernal del Castillo (2011) como Cano-Paños (2015) observan, respectivamente, que la LO 5/2010 y la LO 2/2015 ahondan en la tendencia de convertir el Derecho Penal en un Derecho de prevención frente a riesgos, lo cual socava los derechos del individuo y ciertos principios del Derecho Penal. Estamos por lo tanto ante una serie de reformas guiadas por un claro *preventivismo*, que toman el concepto de prevención como sinónimo de control y convierten la prevención en un recurso retórico que permita la expansión de un punitivismo destinado a disciplinar y a legitimar a las instituciones (Jiménez Franco, 2015, 35).

Esa dinámica *preventivista* ha llevado a crear una serie de delitos autónomos que penan la adscripción o difusión de ciertas posturas ideológicas. Estos delitos, que hemos denominado *delitos de subjetividad*, son la muestra de que se ha pasado de luchar contra los actos terroristas –condenando los diferentes actos preparatorios que podían conducir a él– a luchar contra la difusión de ciertas ideas. Se ha pasado de combatir acciones sobre el mundo a combatir ideas, pensamientos sobre el mundo, subjetividades. Emerge en consecuencia un nuevo sujeto: el *radical*.

La introducción del delito de enaltecimiento supuso un primer paso hacia la punición del cuestionamiento de ciertas legitimidades. El proceso de retroceso en la cadena de causalidad que supuestamente lleva al acto terrorista, ha hecho que “la lucha contra los terroristas” se amplíe hasta “la lucha contra los radicales”. El radical, es aquel que posee ciertas ideas que, a ojos del tribunal, podrían llevarle a cometer un acto terrorista. El contagio del estatus de terrorista, de *enemigo*, ya no se limita al plano de las conductas objetivas, es decir, de la implicación directa o indirecta para llevar a cabo acciones sobre el mundo, sino que se extiende al plano de las subjetividades. El *radical*, según el criterio del Estado, está tocado por las ideas de los terroristas, comparte la subjetividad de los terroristas e incluso colabora en expandir esas ideas, lo que le convierte en un terrorista.

²⁰ Expresión utilizada por Mariano Rajoy tras los atentados de Barcelona-Cambrills http://www.abc.es/espana/catalunya/abci-rajoy-estamos-unidos-contra-quienes-quieren-arrebatarnos-nuestros-valores-y-modelo-vida-201708180032_noticia.html

6. Conclusiones

Como hemos dicho, el terrorismo puede definirse como una violencia ejercida contra el Estado por aquellos individuos a los que no se les concede legitimidad para hacerlo. Es una trasgresión tanto del monopolio estatal de la violencia física, como del ordenamiento simbólico amparado por el Estado. Durante los últimos años el Estado ha confiado en su capacidad para ejercer la violencia simbólica e imponer una serie de representaciones del mundo, de tal modo que la discrepancia ideológica con el Estado fuera socialmente reprobada pero no jurídicamente atacable. De ahí que la “lucha antiterrorista” abarcara, en teoría, dos parcelas: Un lado simbólico en el que se enfrentaban diferentes visiones del mundo y un lado físico en el que el Estado movilizaba su capacidad para ejercer la violencia física. El Derecho Penal, al menos sobre el papel²¹, se encargaba de esta parte física.

De la redacción del Código Penal de 1995 se desprendía que el terrorista era aquel que cometía actos terroristas, es decir, actos delictivos que, al realizarse directamente contra el Estado, debían ser juzgados con mayor dureza. Pero las subsiguientes reformas del Código Penal han creado una serie de delitos autónomos que crean y combaten *al radical*,

Este devenir del Derecho Penal parece llevar el Derecho hasta los límites del que lo dotaron autores ya citados como Kant o Beccaria. Pero dichos límites de los que el campo jurídico dotó al Derecho siempre fueron unos límites autoimpuestos. Es en el campo jurídico en el que “se pugna por el derecho de decir el Derecho” (Bourdieu, 2001, 169). Las dinámicas propiamente jurídicas –el *Derecho Penal del Enemigo*, el Derecho Penal como prevención de riesgos– apuntadas por los juristas citados resultan explicativas de las reformas del Código penal.

Sin embargo, debemos observar que bajo esas dinámicas subyace un conflicto clásico del campo jurídico, que a su vez es reflejo de las pugnas existentes en el *campo del poder* (Bourdieu, 2001). El conflicto del campo jurídico enfrenta una visión teórica del Derecho Penal (que restringe su uso a la interpretación de reglas y principios previos) a una visión práctica que dice enfocar el Derecho a resolver problemas, pero que realmente utiliza la retórica punitivista y la expansión del ala penal del Estado (Wacquant, 2010) como un elemento para criminalizar a ciertos sectores de la población (Jiménez Franco, 2015, 35)

El camino recorrido por el legislador en materia de terrorismo, –reflejo en buena parte del recorrido en materia de “delincuencia común”²² – rompe con los discursos jurídicos auto-limitantes, y cristaliza en el Código Penal español un discurso jurídico para el cual no existen dichos límites. Estas reformas nos informan de un cambio en la correlación de fuerzas dentro del campo jurídico, reflejo de las transformaciones que ha sufrido el *campo del poder* en las últimas décadas. La dirección tomada por el Derecho Penal a través de las reformas que

²¹ Es importante el matiz “sobre el papel”, porque acciones legislativas como la *Ley de Partidos*, o judiciales como el cierre del diario Egin, ya anticipaban la convergencia de ambas esferas

²² Véase: *La Burbuja Penal: Mercado, estado y cárcel en la democracia española* de Daniel Jiménez Franco (2016)

hemos observado en el presente artículo, y de sus lógicas subyacentes, responden a la voluntad de dotar al Derecho del papel asignado por la reestructuración del campo burocrático que pregona el proyecto político neoliberal. Como afirma Wacquant (2012), este proyecto político se caracteriza por buscar una reconstrucción del Estado que favorezca a los mercados, por un giro derechista del campo burocrático, y por la expansión y glorificación del ala penal del Estado. La inseguridad social y la pobreza generadas por una actividad política favorable a los mercados son gestionadas por el Estado neoliberal a través del control disciplinario y de la punición. El miedo al delito se convierte en el elemento central de la racionalidad de gobierno (Simon, 2007). La hipotética necesidad de protegerse frente al terrorismo contribuye –aportando una justificación– a que el Derecho Penal se erija como principal garante de lo social y fuente de legitimidad del Estado.

Por último, debemos atender al efecto simbólico –más allá del ámbito del terrorismo– de los artículos del Código Penal que hemos comentado y de las sentencias condenatorias a las que su aplicación ha dado lugar. Como afirma Bourdieu (2001), en el campo jurídico se crea e interpreta “un corpus de textos que consagran la visión legítima, recta, del mundo social”, de modo que las sentencias apoyadas en estos artículos del Código Penal manifiestan la “visión soberana del Estado” (ibíd., 201). A través de ellas se pone en juego el poder performativo del Estado, de modo que se dota de existencia al radical, ese individuo cuya subjetividad puede ser perseguida. También se legitima el uso de la violencia física (administrada por el Derecho) contra aquellos que no aceptan ciertos elementos del orden simbólico dominante. Por tanto, se dota de legalidad y de legitimidad la persecución de la disidencia ideológica.

BIBLIOGRAFÍA

- Asencio Mellado, J. M. (2003). *La Audiencia Nacional: una visión crítica*. Fundación Alternativas. Obtenido de:
<http://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/la-audiencia-nacional-una-vision-critica>
- Beccaria, C. (2015 [1764]). *Tratado de los Delitos y las penas*. Madrid: Carlos III University of Madrid.
- Bernal del Castillo, J. (2011). Una visión crítica del nuevo delito de promoción del terrorismo del artículo 579.1. *Revista de Derecho Penal*, 33, 65-79.
- Bourdieu, P. (1978). Classes sociales et pouvoir symbolique. *L’Arc*, 72, 13-19.
- Bourdieu, P. (1993). Esprits d’Etat: Genèse et structure du champ bureaucratique. *Actes de Recherche en Sciences Sociales*, 96-97, 49-62.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Bourdieu, P. (2005). El misterio del ministerio: De las voluntades particulares a la «voluntad general». En P. Bourdieu y L. Wacquant, *El misterio del Ministerio: Pierre Bourdieu y la política democrática* (pp. 71-80). Barcelona: Gedisa.

- Bourdieu, P. (2014). *Sobre el Estado*. Barcelona: Anagrama.
- Bourdieu, P. y Wacquant, L. (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Cancio Meliá, M. (2000). Strafrecht und Terrorismus in Spanien. Anmerkung zur Entwicklung der Terrorismus gesetzgebung nach Diktatur. En *Transformation von Diktaturen in Demokratien und aufarbeitung der vergangenheit*. Berlin/New York: V. De Gruyter.
- Cancio Meliá, M. (2002). Derecho penal del enemigo y delitos de terrorismo: Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal español después de la LO 7/2000. *Jueces para la Democracia*, 44, 19-26.
- Cancio Meliá, M. (2008). Terrorismo y Derecho penal: sueño de la prevención, pesadilla del Estado de Derecho. En *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada* (pp. 307-324). Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas,
- Cano-Paños, M. Á. (2015). La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: cinco cuestiones fundamentales. *Revista Genreal de Derecho Penal*, 23. Obtenido de <http://www.iustel.com>
- Capita, M. (2007). *El concepto jurídico de terrorismo: Los delitos de terrorismo en el Código Penal de 1995, un análisis doctrinal y jurisprudencial. Especial referencia al terrorismo individual (Tesis Doctoral)*. Getafe: Universidad Carlos III de Madrid.
- Chomsky, N. (2002). *La Cultura del Terrorismo*. Madrid: Popular.
- Chomsky, N. (2003). *Piratas y Emperadores: Terrorismo Internacional en el mundo de hoy*. Barcelona: Ediciones B.
- Elias, N. (1989). *El proceso de la civilización: Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México: Fondo de Culura Económica.
- Galán Muñoz, A. (2016). ¿Leyes que matan ideas frente a las ideas que matan personas? Problemas de la nueva represión de los mecanismos de captación terrorista tras la reforma del Código penal de la LO 2/2015. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 15, 95-138.
- Gil Gil, A. (2014). La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista». *ADPCP*, LXVII, 105-154.
- Gómez Martín, V. (2010). Notas para un concepto funcional de terrorismo. En J. R. Serrano-Piedecabras y E. Demetrio Crespo, *Terrorismo y Estado de Derecho* (pp. 25-52). Madrid: Iustel.
- Gómez Rivero, M. d. (1995). *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- Hillyard, P. y Tombs, S. (2013). ¿Más allá de la criminología? *Crítica Penal y Poder*, 4, 175-198.
- Hobbes, T. (2003 [1651]). *Leviatán*. Madrid: Losada.
- Jakobs, G. y Cancio Malia, M. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas.
- Jiménez Franco, D. (2015). *Trampas y tormentos: Para una ecología del castigo en el Reino de España*. Madrid: La Caida.
- Jiménez Franco, D. (2016). *La Burbuja Penal: Mercado, estado y cárcel en la democracia española*. Barcelona: Antrophos y OSPDH.
- Kant, I. (2006 [1785]). *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Tecnos.
- Martín-Baró, I. (1983). *Acción e ideología: psicología social desde centroamerica*. San Salvador: UCA Editores.
- Naciones Unidas (2008), Asamblea General "Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Martin Scheinin", A/HRC/10/3/Add.2 (16 de diciembre de 2008),
- Núñez Castaño, E. (2013). *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pontara, G. (1979). Violenza e terrorismo: il problema della definizione e della giustificazione. En L. Bonante, *Dimensioni del Terrorismo politico*. Milan: Franco Angeli.
- Rodríguez Yagüe, C. (2013). *El sistema penitenciario español ante el siglo XXI*. Madrid: Iustel.
- Rojas, A. (2012). Acción, acto y fenómeno terrorista: Propuesta teórico-conceptual sobre las implicaciones del terrorismo en el siglo XXI. *Revista Reflexiones*, 91(1), 97-116.
- Ruggiero, V. (2006). The democracy of Death: political violence in criminology. *Criminal Justice Matters*, 66, 26-27.
- Ruggiero, V. (2009). *La violencia política: un análisis criminológico*. Barcelona: Anthropos.
- Simon, J. (2007). *Gobernar a través del delito*. Buenos Aires: Gedisa.
- Sommier, I. (2002). Du "terrorisme" comme violence totale? *Revue internationale des sciences sociales*, 174 (4), 525-533.
- Suárez, L. (2007). *Un Siglo de Terror en América Latina. Crónica de Crímenes de Estados Unidos contra la Humanidad*. Melbourne: Ocean Sur.
- Tappan, P. (1947). Who is the criminal? *American Sociological Review*, 12(10), 96-102.
- Tilly, C. (1975). *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press.

- Tilly, C. (2006). Guerra y construcción del Estado como crimen organizado. *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, 5, 1-26.
- Vallespin, F. (2007). Poder, Legitimidad y Estado. En M. Menéndez, *Sobre el Poder* (pp. 31-48). Madrid: Tecnos.
- Wacquant, L. (2001). *Parias Urbanos*. Buenos Aires: Manantial.
- Wacquant, L. (2010). *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona: Gedisa.
- Wacquant, L. (2012). Three Steps to a Historical Anthropology of Actually Existing Neoliberalism. *Social Anthropology*, 20, 69-90.
- Weber, M. ([1919] 2009). *La política como vocación*. Madrid: Alianza Editorial.
- Williams, P. (2015). Criminalising the other: challenging the race-gang nexus. *Race & Class*, 56 (3), 18-35.
- Žižek, S. (2004). Jameson as a theorist of revolutionary philately. En D. Kelner, y S. Homer, *Frederic Jameson: A critical reader* (pp. 112-124). New York: Basingstoke.
- Žižek, S. (2009). *Sobre la violencia: Seis reflexiones marginales*. Buenos Aires: Paidós.