

La construcción del radical como enemigo en el Código Penal español: los elementos de los delitos aplicados para gestionar la radicalización islamista y sus implicaciones para el Estado de Derecho

Jesús C. Aguerri

Área de Sociología, Facultad de Derecho. Universidad de Burgos

AGUERRI, Jesús C.. La construcción del radical como enemigo en el Código Penal español: los elementos de los delitos aplicados para gestionar la radicalización islamista y sus implicaciones para el Estado de Derecho. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2019, núm. 21-09, pp. 1-29. <http://criminet.ugr.es/recpc/21/recpc21-09.pdf>

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto el análisis de la gestión penal que el estado español está realizando de la denominada radicalización islamista. Para ello se han analizado los tipos penales (enaltecimiento del terrorismo, difusión del terrorismo y autoadocctrinamiento terrorista) empleados por los tribunales españoles para penar aquellas conductas relativas a los actos preparatorios punibles en materia de terrorismo, así como su aplicación por parte de la Audiencia Nacional entre el 1 de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2017. Este análisis nos ha permitido observar que la legislación penal española en materia de radicalización islamista presenta los rasgos que según Hassemer caracterizan la crisis del Derecho Penal Moderno, a saber: una tendencia expansiva, un uso como instrumento de política interior enfocado a la prevención, y su limitación a funciones simbólicas. Tales características nos llevan a concluir que la legislación española relativa a la punición de la radicalización tiene muy difícil encaje dentro de los principios del ius puniendi de un Estado social y democrático de Derecho.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, radicalización, preventivismo, terrorismo, sociología jurídica.

TITLE: **The construction of the radical as enemy in the Spanish criminal law: The definition of felonies and their application to managed the islamic radicalization, and its implications for the rule of law**

ABSTRACT: This article aims at analyzing how the Spanish state is managing islamist radicalization. We have analyzed criminal offenses used by the Spanish courts to punish acts preparatory to the commission of a terrorism crime, so we have focused our research on three criminal definitions (glorification of terrorism, spreading of terrorism and self-indoctrination). This research has allowed us to realize that Spanish law about islamist radicalization have the same characteristics that define Modern Criminal Law Crisis. According to Hassemer that kind of criminal law is characterized by: an expansive trend, political instrumentalization of criminal law as preventive tool and reduction to symbolic functions. These characteristics create doubts about if Spanish radicalization regulation is compatible with a social and democratic state governed by the rule of law.

KEYWORDS: Criminal policy, radicalization, preventivism, terrorism, sociology of law.

Fecha de publicación: 30 junio 2019

Contacto: jcarrerasaguerri@gmail.com

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La especificidad de la radicalización respecto a los delitos de terrorismo. 3. El enaltecimiento del terrorismo. 3.1. Elementos del tipo. 3.2. Los bienes jurídicos en juego. 4. Difusión del terrorismo. 4.1. Elementos del tipo. 5. Autoadoc-trinamiento terrorista. 5.1. Elementos del tipo. 5.2. Bienes jurídicos en juego. 6. El radical como nuevo enemigo. 6.1. La expansión del Derecho Penal hacia el foro interno. 6.2. El Derecho Penal como instrumento preventivo y restringido a lo simbólico. 7. Conclusiones. Bibliografía.

1. Introducción¹

Como muestran las decisiones tomadas en el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa², durante las últimas décadas prevenir el terrorismo islamista se ha convertido en uno de los principales objetivos de los estados europeos. Esto ha supuesto que la radicalización, una suerte de proceso previo al terrorismo que no ha sido ni política ni jurídicamente definido, emerja como nuevo objeto de la política criminal. En España esta voluntad de prevenir el terrorismo combatiendo la radicalización se ha plasmado en una serie de reformas del Código Penal que, como reza el preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del CP, han tenido por objeto dotar al Estado de herramientas para actuar contra “el caldo de cultivo en el que, en un instante concreto, llegue a madurar la decisión ejecutiva de delinquir”.

Llevar la lucha antiterrorista al terreno de la prevención del terrorismo no es un fenómeno nuevo en el contexto de la justicia penal española. El Código Penal de 1995 en su redacción original recogía un catálogo limitado de delitos de terrorismo, formado principalmente por hechos delictivos que se agravaban al ser cometidos en el marco de una organización o con unos fines terroristas. Sin embargo, el Estado – a través de la promulgación de ciertas leyes como la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos, de 27 de junio– 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 terroristas³ y las conductas que suponían una colaboración con ellas⁴.

Como afirma Galán Muñoz, 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 vehículos utilizados en la pasada década

¹ Este trabajo es parte del proyecto “Lo que sabemos de la radicalización islamista”, financiado por la Fundación Seminario de Investigación para la Paz de Zaragoza en el marco de su convenio con las Cortes de Aragón.

² Nos referimos concretamente a la Decisión Marco 2008/919/JAI del Consejo de Europa y a la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas 2178.

³ GIL GIL, Alicia, “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista»”. *ADPCP*, LXVII (2014), pp. 105-154.

⁴ 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).

para adelantar las posibilidades de intervenir penalmente⁵. 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”.⁶

Esta voluntad de “adelantar la posibilidad de intervenir penalmente” también ha guiado al legislador en las dos últimas reformas de los delitos de terrorismo – realizadas mediante la LO 5/2010, de Reforma del Código Penal, de 22 de junio, y la LO 2/2015, de Reforma del Código Penal, de 30 de marzo–. Estas reformas han llevado la intervención de la justicia penal todavía más atrás en la cadena de causalidad que, se presupone, conduce a un atentado.

Una de las consecuencias de este retroceso ha sido la creación de dos tipos penales que tipifican conductas lejanas a cualquier acto ejecutivo y que para su realización no requieren ningún contacto con grupo u organización terrorista. Estos tipos han sido: la difusión del terrorismo y el autoadoctrinamiento terrorista. Si bien estas figuras penales han sido introducidas bajo la justificación de adelantar las barreras de protección frente a los atentados y de que, como vamos a ver, tipifican conductas similares a las consideradas actos preparatorios, no estamos ante unas nuevas “figuras que vendrían simplemente a establecer unas nuevas y controvertidas modalidades preparatorias individuales y punibles”⁷ 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”⁸. Como vamos a tratar de argumentar, estos dos tipos penales, junto con el tipo de enaltecimiento del terrorismo, son las herramientas a través de las cuales se está combatiendo la radicalización islamista.

En consecuencia, tomando como referencia las sentencias dictadas por la Audiencia Nacional entre 2011 y 2017, observaremos, en primer lugar, qué tipos penales se están aplicando en España para penar conductas relacionadas con el terrorismo islamista y argumentaremos que, de entre todos los tipos penales, existen tres que están siendo utilizados específicamente para perseguir la radicalización islamista. Posteriormente, recurriendo a doctrina y jurisprudencia, observaremos qué elementos forman estos tipos penales y qué bienes jurídicos protegen y limitan. En último lugar, relacionaremos estos tipos penales con las dinámicas de la política

⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿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 (2016), pp. 95-138, p. 120.

⁶ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan ideas?”, cit. nota nº 5, p. 99.

⁷ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan ideas?”, cit. nota nº 5, p. 112.

⁸ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan ideas?”, cit. nota nº 5, p. 111.

criminal contemporánea, realizando un análisis crítico de ellos que nos permitirá dar cuenta del difícil encaje de estos tipos penales con los principios del *ius puniendi* propios de un Estado social y democrático de Derecho.

2. La especificidad de la radicalización respecto a los delitos de terrorismo

Durante el periodo de tiempo ya apuntado -2011 a 2017-, la Audiencia Nacional ha dictado 33 sentencias, en las que ha condenado a 64 individuos como autores penalmente responsables⁹ de algún delito relacionado con el terrorismo yihadista. Atendiendo al tipo penal en base al que se dictó la condena podemos observar que en el periodo estudiado se ha condenado a individuos por conductas relacionadas con el terrorismo islamista tipificadas como¹⁰: integración en organización terrorista (art. 571. CP, según redacción de la LO 5/2010), colaboración con el terrorismo (art. 576 CP, según redacción de la LO 5/2010), colaboración con el terrorismo en su modalidad de captación y adoctrinamiento (art. 577.2 CP, según redacción de la LO 2/2015), desplazamiento a zona de conflicto (art. 575.3 CP, según la redacción de la LO 2/2015), autoadoctrinamiento terrorista (art. 575.2 CP, según redacción de la LO 2/2015), difusión del terrorismo (art. 579 CP, según redacción de la LO 5/2010) y enaltecimiento del terrorismo (recogido en el art. 578 CP y aplicado tanto según su redacción en la LO 5/2010 como en la LO 2/2015)¹¹.

Nuestro objeto de estudio es la gestión estatal de la radicalización islamista, no la política antiterrorista en toda su extensión. Por tanto, no entran dentro de nuestro interés todos los tipos penales destinados a proteger a la sociedad del terrorismo, sino solo aquellos destinados a combatir la radicalización. Si, al menos en la literatura académica, la radicalización islamista es un proceso que lleva a pertenecer o a apoyar a organizaciones yihadistas¹², podemos entender que la radicalización culmina cuando el individuo comienza a apoyar a organizaciones yihadistas o se integra en una de ellas. Teniendo esto en cuenta podemos excluir de nuestro análisis

⁹ En una de las sentencias se apreció la eximente completa de alteración psíquica, por lo que el individuo en quien concurrió tal circunstancia no está incluido dentro de esos 64 individuos condenados.

¹⁰ Las sentencias con las que hemos trabajado fueron extraídas de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional. Dado que ante la resolución de la Audiencia Nacional se puede interponer recurso ante el Tribunal Supremo (TS) se realizó también una búsqueda en la jurisprudencia del TS para confirmar que las sentencias encontradas no habían sido anuladas. De los casos estudiados que habían llegado al TS, solo en uno de ellos (la SAN 4267/2016) el alto tribunal había anulado la sentencia de la Audiencia Nacional, resolviendo que los hechos probados eran constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo y no de autoadoctrinamiento. El resto de sentencias, o no llegaron al Tribunal Supremo, o llegaron y el alto tribunal ratificó la Sentencia de la Audiencia Nacional. En consecuencia, consideramos que es válido trabajar sobre ellas, aunque reconocemos la posibilidad de que a 31 de diciembre de 2017 (fecha máxima que cubrió la búsqueda de jurisprudencia del TS) alguna de los casos perteneciente a las sentencias estudiadas no haya llegado aún al Tribunal Supremo.

¹¹ Entre una redacción y otras cambian algunos elementos de la figura delictiva, pero, a excepción de la duración de la pena, no hay cambios en lo que respecta al tipo.

¹² KING, Michael; TAYLOR, Donald M, "The Radicalization of Homegrown Jihadists: A Review of Theoretical Models and Social Psychological Evidence". *Terrorism and Political Violence*, 4-23 (2011), pp. 602-622, p. 603.

sis las sentencias por pertenencia a organización terrorista, las sentencias por colaboración (en cualquiera de sus modalidades) con el terrorismo y las sentencias por desplazamiento a zona de conflicto¹³.

Esta decisión implica trazar una línea entre la colaboración con el terrorismo, que identificamos con el apoyo a una organización, y el resto de conductas tipificadas como delito de terrorismo¹⁴ –a excepción de la pertenencia–, que no consideramos apoyo a una organización en sentido estricto, por lo que las asociamos a la radicalización islamista y no al terrorismo. Es decir, consideramos “apoyo a una organización terrorista” las conductas tipificadas como colaboración con el terrorismo, pero no aquellas tipificadas como difusión del terrorismo, enaltecimiento del terrorismo o autoadoctrinamiento.

Recurrir a las penas impuestas en cada una de las sentencias¹⁵ nos permite ver claramente que hay una diferencia importante entre el desvalor que se le asigna a unas conductas y a otras, por tanto, hablamos de conductas cualitativamente distintas. Mientras que las penas por enaltecimiento o por difusión del terrorismo se mueven en una horquilla de seis meses a dos años y medio¹⁶, las penas por pertenencia a organización terrorista oscilan entre los 8 y los 10 años¹⁷. Sin embargo, este criterio no nos permite distinguir entre la colaboración con el terrorismo y el autoadoctrinamiento terrorista. En su modalidad como adoctrinamiento y captación el delito de colaboración con el terrorismo ha llegado a suponer¹⁸, en su límite inferior, una pena de prisión de tres años y seis meses. El autoadoctrinamiento, en su límite superior, ha supuesto también penas de tres años y seis meses de prisión¹⁹.

No obstante, observar las penas impuestas nos permite crear dos polos. En uno

¹³ Si bien en el caso de las sentencias por desplazamiento a zona de conflicto no tiene por qué haberse producido el ingreso del acusado en un grupo terrorista, el hecho de desplazarse a tal zona pone de manifiesto la voluntad del sujeto de hacerlo. Para que la conducta sea típica el sujeto debe haber, al menos, intentado desplazarse (no habiendo desistido por sus propios medios) a una zona de conflicto con la voluntad de integrarse en un grupo terrorista. Tal voluntad se pone de manifiesto por el intento de desplazarse.

¹⁴ Nos referimos al resto de conductas tipificadas como delito de terrorismo que han sido enjuiciadas en el periodo estudiado. Hay en el Código Penal más delitos de terrorismo de los observados en la presente investigación pero que no hemos tenido en cuenta dado que no se han aplicado durante el periodo estudiado.

¹⁵ Recurrimos a las penas impuestas en cada sentencia concreta porque durante el periodo estudiado se han reformado algunos de los tipos, modificándose las penas previstas. No obstante, se ha tenido siempre como referencia las penas previstas en el Código Penal para evitar que la comparación se vea desvirtuada por circunstancias referidas a la culpabilidad o la punibilidad.

¹⁶ El marco penal abstracto para el delito de enaltecimiento del terrorismo es de pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses, y el de difusión del terrorismo (según redacción de la LO 5/2010) es de seis meses a dos años de prisión.

¹⁷ El marco penal abstracto del delito de pertenencia a una organización terrorista (según redacción de la LO 5/2010) es de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años, y de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses para el delito de colaboración con el terrorismo (según redacción de la LO 5/2010).

¹⁸ Sin que concurren circunstancias modificadoras de la responsabilidad.

¹⁹ Mientras que el marco penal abstracto del delito de colaboración en modalidad de adoctrinamiento y captación es de cinco a diez años y multa de dieciocho a veinticuatro meses, el marco penal abstracto para el delito de autoadoctrinamiento es de pena de prisión de dos a cinco años.

tenemos el delito de pertenencia a organización terrorista y en el otro a los delitos de enaltecimiento y difusión del terrorismo. En el centro quedarían los delitos de colaboración con el terrorismo en su modalidad de adoctrinamiento y el delito de autoadoctrinamiento. Estos dos delitos se encuentran recogidos en artículos diferentes del Código Penal y tipifican conductas distintas, aunque similares.

La gran diferencia entre ambas conductas reside en que el delito de adoctrinamiento terrorista obliga –tal y como se desprende de la SAN 4551/2016, del 21 de diciembre– a que exista una organización con la cual se está colaborando de forma directa o bien que los sujetos juzgados formen por sí mismos una organización terrorista. Es decir, la conducta que se pena es el hecho de adoctrinar individuos para que se integren en una organización. En el delito de autoadoctrinamiento se pena el hecho de adoctrinarse a uno mismo. No puede haber contacto directo con una organización terrorista o con otros individuos porque en ese caso ya no estaríamos ante el tipo de autoadoctrinamiento.

La diferencia entre estos dos tipos delictivos es una diferencia extrapolable más allá de ellos y que nos permite distinguir entre los delitos de colaboración y de pertenencia, y los delitos de enaltecimiento, difusión y autoadoctrinamiento, a los cuales consideramos tipos delictivos destinados a gestionar la radicalización. En ninguno de ellos debe haber contacto directo con organizaciones terroristas. Si lo hubiera, estaríamos hablando de otros tipos delictivos. En consecuencia, se debe apreciar que lo que hacemos es situar ese momento en el que se comienza a apoyar a una organización terrorista y, por tanto, se pone fin a la radicalización en el momento en el que se tiene algún tipo de contacto directo con una organización terrorista.

Atendiendo a los criterios que acabamos de expresar podemos observar que la radicalización islamista está siendo penada a través de tres tipos, el enaltecimiento del terrorismo, la difusión del terrorismo y el autoadoctrinamiento terrorista que a continuación vamos a pasar a describir²⁰. Para esta descripción nos apoyaremos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia generada –y citada– por las 14 sentencias dictadas por la Audiencia Nacional durante el periodo observado en aplicación de alguno de los tres tipos penales mencionados. Estas 14 sentencias se distribuyen de la siguiente manera: se dictaron dos en el año 2013, una por difusión del terrorismo (SAN 3593/2013) y otra por enaltecimiento (SAN 3671/2013); dos en el año 2015, una por difusión del terrorismo (SAN 2224/2015) y otra por enaltecimiento (SAN 3736/2015); seis en el año 2016, una de ellas por autoadoctrinamiento (SAN 4394/2016)²¹ y cinco por enaltecimiento del terrorismo (SAN 3445/2016,

²⁰ Para un análisis de los tipos penales destinados a combatir la radicalización en las legislaciones de otros países de la Unión Europea véase: CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Medidas para contrarrestar la radicalización online en el contexto del terrorismo yihadista”, en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer Delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 229-252, pp. 239 y ss.

²¹ No hemos incluido en este listado la SAN 4267/2016 también dictada por autoadoctrinamiento del terrorismo porque el Tribunal Supremo en su sentencia STS 354/2017 anuló la condena por autoadoctrinamiento y, en su

SAN 3443/2016, SAN 3462/2016²², SAN 4267/2016, SAN 4539/2016); y cuatro en el año 2017, dos por enaltecimiento (SAN 1500/2017, SAN 4607/2017) una por autoadoctrinamiento y enaltecimiento del terrorismo (SAN 1666/2017)²³, y otra por autoadoctrinamiento y desplazamiento a zona de conflicto (SAN 331/2017)²⁴.

3. El enaltecimiento del terrorismo

El artículo 578 del actual Código Penal recoge el delito de 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, 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 por la 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 Penal²⁵.

En primer lugar, debe mencionarse que, como afirma la STS 224/2010, de 3 de marzo, “en el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas”. 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.

lugar, condenó por enaltecimiento del terrorismo. Para un análisis más detallado de las implicaciones de esta sentencia véase: PUENTE RODRIGUEZ, Leopoldo, “La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.) y RUIZ ARIAS, Miriam (ed.), *Actas del Seminario Internacional: El terrorismo en la actualidad un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca: Ratio Legis, 2017, pp. 143-160, pp. 153 y ss.

²² La sección 3 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional consideró los hechos recogidos en esta sentencia como constitutivos de un delito de autoadoctrinamiento. Pero, tras la apelación por parte del condenado, el Tribunal Supremo los consideró constitutivos de un delito de enaltecimiento del terrorismo, manteniendo la misma pena y consecuencias jurídicas que había dictado la Audiencia Nacional. En consecuencia, no tendremos en cuenta en el presente capítulo los razonamientos jurídicos realizados por la Audiencia Nacional en los que se sustenta el fallo derogado.

²³ Es decir, en la misma sentencia se condena a un mismo sujeto por ambos delitos.

²⁴ Mismo supuesto que en la nota al pie anterior.

²⁵ 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.

3.1. *Elementos del tipo*

Centrándonos en la primera figura –pues es la que se aplica en los casos estudiados– debemos observar que en su sentencia 4539/2016, de 22 de noviembre, la Audiencia Nacional²⁶ 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 al 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”²⁷.

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 ensalzado, 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”²⁸.

En consecuencia, podemos interpretar que este delito se realiza con 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. No obstante, esta no es la única interpretación posible de este tipo penal.

²⁶ Esta no es la primera sentencia en la que se describen los elementos del tipo, pero hemos elegido citar esta sentencia porque de entre las sentencias analizadas es la que los enumera con mayor claridad.

²⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1. Sentencia 149/2007, 26 de febrero. Núm. de recurso 11281/2006.

²⁸ Tribunal Constitucional. Sentencia 112/2016, 20 de junio. BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016, páginas 52581 a 52605.

Los tres elementos descritos *supra* corresponden a la parte objetiva del tipo. Existe poca polémica en torno a la necesidad de que se den para que se realice el tipo. Sin embargo, más allá de la necesidad de dolo, existen ciertas discrepancias interpretativas en cuanto a los elementos subjetivos del tipo. Estas discrepancias han dado lugar a dos interpretaciones jurisprudenciales distintas.

La primera interpretación considera que el tipo no posee elementos subjetivos más allá del dolo. En consecuencia, “las acciones o palabras por las que se enaltece o justifica” son valoradas al margen del ánimo de su autor, de modo que el tribunal considera realizado el tipo si dichas acciones o mensajes pueden ser leídas como enaltecidas o justificadas de las personas o conductas a las que se refiere el tipo. Dentro de los casos estudiados, esta interpretación del delito de enaltecimiento del terrorismo se encuentra presente únicamente en la SAN 3443/2016, de 22 de septiembre.

La segunda interpretación posible exige que por parte del sujeto activo haya un ánimo justificador o enaltecido. Es decir, que se exige para la realización del tipo, además de los ya descritos, un elemento subjetivo que corrobore que estamos ante un hecho punible. Para ello el tribunal valora los mensajes lanzados más allá de su literalidad y los enmarca dentro de un contexto que permita valorar si efectivamente justifican o enaltecen y si, sobre todo, esa era la intención del sujeto a la hora pronunciarse.

Esta segunda interpretación es la utilizada en todos los casos –salvo en la excepción ya apuntada– de enaltecimiento del terrorismo yihadista que hemos estudiado. En las sentencias judiciales que corresponden a estos casos, se exponen numerosos contenidos producidos o compartidos por el encausado. Estos materiales, además de tener un peso probatorio por ser el objeto del delito, son analizados en la sentencia y relacionados con el carácter radical del sujeto y con sus ideas favorables al terrorismo yihadista. Probado que el sujeto tenía unas ideas radicales, se considera probado que efectivamente el sujeto realizó los elementos objetivos del tipo con cierto ánimo, por lo que su conducta será punible.

3.2. *Los bienes jurídicos en juego*

Más allá de la interpretación por la que se opte, el razonamiento jurídico que subyace a este tipo penal consiste en la consideración de que ciertas acciones o palabras manifestadas con publicidad ponen en peligro la paz pública y el orden democrático. No se exige, ni en el tipo, ni en ninguna de las interpretaciones jurisprudenciales estudiadas, que se genere ningún riesgo concreto para estos bienes jurídicos supraindividuales, por lo que estamos, por tanto, ante un delito de peligro abstracto.

Como sostiene Asua Batarrita, los tipos de terrorismo son “delitos mixtos en cuanto a los bienes jurídicos afectados, tipos que aúnan lesión y peligro, lesión de

un bien jurídico individual –vida, libertad, propiedad...etc. – y peligro para los bienes supraindividuales referidos”²⁹. La capacidad para hacer peligrar bienes jurídicos supraindividuales es lo que, según esta autora, caracteriza a los delitos de terrorismo y justifica la mayor gravedad del injusto culpable de los delitos de terrorismo frente a los delitos comunes. Esta capacidad se deriva del “contexto, la dirección y orientación de los actos de una organización terrorista”³⁰.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa –el del enaltecimiento del terrorismo– no hay bien jurídico individual lesionado³¹ y tampoco hay contacto alguno con una organización terrorista. Como explica la SAN 4539/2016, de 22 de noviembre, si el sujeto activo tuviera contacto con alguna organización terrorista o se dirigiera a un grupo concreto de personas con la finalidad de formar, o de unirse a, un grupo terrorista, sería de aplicación el delito de colaboración en su modalidad de captación. Por tanto, la peligrosidad de la conducta no puede predicarse de la capacidad para instrumentalizar la lesión de otro bien jurídico, ni de la existencia de una coordinación o actuación colectiva.

A este respecto, y a tenor de la literalidad del art. 578 y de lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, el legislador considera que la puesta en peligro de los bienes jurídicos mencionados se produce por la manifestación pública de mensajes y acciones que ensalcen o justifiquen alguno de los delitos de terrorismo o a sus autores.

Con respecto a la presencia de estos dos elementos –la publicidad y los mensajes– en las sentencias que hemos observado, cabe destacar que todo lo dicho en un perfil abierto de redes sociales o en un foro de internet se considera publicidad, con independencia de la audiencia real que tales publicaciones puedan tener. Sin ánimo de exhaustividad, cabe decir en relación a los mensajes que se considera que ensalzan o justifican el terrorismo yihadista que se debe observar que la temática de éstos puede ir desde la celebración de atentados terroristas y el llamamiento a ellos –SAN 3445/2016, de 21 de septiembre– hasta la justificación teórica del terrorismo como respuesta necesaria a otras violencias –SAN 3462/2016 de 22 de septiembre. El hecho de que manifestar un abanico tan grande de opiniones o valoraciones pueda ser considerado, siempre que haya publicidad, como una conducta que pone en riesgo bienes jurídicos supraindividuales –prescindiéndose además en buena parte de las sentencias por este delito de cualquier mención a la lesividad potencial del enaltecimiento³²– ha traído importantes debates jurisprudenciales y doctrinales en torno a este tipo penal³³.

²⁹ ASUA BATARRITA, Adela, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: BASALDUA, Echano (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 41-85, p. 66.

³⁰ ASUA BATARRITA, Adela “Concepto jurídico de terrorismo”, cit. nota nº 29, p.67.

³¹ No ha lugar a considerar que se lesiona el derecho al honor de las víctimas, porque en tal caso sería de aplicación la figura de humillación a las víctimas, que protege especialmente ese derecho.

³² MIRÓ LLINARES, Fernando, “Derecho Penal y 140 caracteres: hacia una exégesis restrictiva de los delitos

Resulta evidente que, como reconoce el Tribunal Constitucional, este tipo penal limita la libertad de expresión y la libertad ideológica. No obstante, el Alto Tribunal considera que estas restricciones –y otras, referentes a estos derechos, como las destinadas a proteger el honor de las instituciones del Estado³⁴– son legítimas. Apoyándose en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirma 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”.³⁵

En una línea similar a la del Tribunal Constitucional se han manifestado autores como Ruiz de Landáburu, que consideran que la restricción del derecho fundamental está justificada cuando “en el castigo de la conducta apologética exista un mayor interés social que en el ejercicio de aquél, atendiendo para ello al bien jurídico atacado por la conducta y la gravedad e intensidad del ataque”³⁶. Encontrándonos, en materia de terrorismo, que el interés de evitar atentados justificaría el recorte de ciertos derechos y libertades.

En el extremo contrario se posicionan juristas como Cancio Meliá, autor que considera que este tipo penal prohíbe el elogio o la defensa de ciertas ideas o doctrinas, y que su inclusión en el CP solo es comprensible teniendo en cuenta su vertiente simbólica, la cual “consiste aquí en proclamar un mero tabú a la expresión de determinadas opiniones”³⁷. Desde estas posturas más críticas con el art. 578 CP se llega a argumentar que este tipo penal restituye la apología en sentido estricto, pero no como acto preparatorio, sino como delito autónomo que castiga actos que ni siquiera ponen realmente en peligro ningún bien jurídico. En palabras de Manjón-Cabeza Olmeda:

“el artículo 578 tipifica un comportamiento apologético, que no requiere incitación directa ni indirecta, que no es un acto preparatorio, que no es provocación, que no se castiga por el peligro, ni siquiera abstracto, para un

de los delitos de expresión” en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer Delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 21-65, p. 39.

³³ RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 12 (2008), pp. 771-793, p. 773.

³⁴ Véase, por ejemplo, la STC 177/2015, de 22 de julio.

³⁵ Tribunal Constitucional. Sentencia 112/2016, 20 de junio. BOE núm. 181, de 28 de julio de 2016, páginas 52581 a 52605.

³⁶ RUIZ DE LANDÁBURU, María José. *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Madrid: COLEX, 2002, p. 78.

³⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel, “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*, nº44 (2002), pp. 19-26, p. 26.

bien jurídico de referencia de los delitos de terrorismo, que tiene naturaleza de delito autónomo [...]”³⁸.

4. Difusión del terrorismo

En el texto original del CP de 1995 esta figura penal se encontraba recogida en el artículo 578. La reforma de la LO 7/2000, de 22 de diciembre, la desplazó al artículo 579, pero sin modificaciones en el tipo penal que contenía³⁹. En esta redacción el tipo penal recogía la provocación, la conspiración y la proposición de atentados terroristas. Posteriormente, la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal, añadió un segundo párrafo al artículo 579.1. Mientras el primer párrafo seguía haciendo referencia a los actos preparatorios mencionados, este segundo párrafo afirmaba lo siguiente:

“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”.

La LO 2/2015, de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal, volvió a reformar este tipo penal, devolviéndole en parte su sentido original al volver a restringirlo a la punición de la incitación, la provocación, la conspiración y la proposición de delitos de terrorismo. Actualmente el art. 579 CP reza 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.”

A pesar de que aparentemente este artículo vuelve a limitarse a la tipificación de actos preparatorios de la misma naturaleza que los recogidos en los artículos 17 y

³⁸ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (2003), “Apología del terrorismo”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELL, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 553-582, p. 580.

³⁹ Sí que se introducen variaciones en la figura pues se añaden dos párrafos relativos a las consecuencias jurídicas de la realización del tipo.

18 del CP, Galán Muñoz considera que este artículo sigue yendo mucho más allá de lo que la parte general del Código Penal considera actos preparatorios punibles. Según este autor, los delitos de inducción o de provocación a la comisión de un delito (arts. 17 y 18 CP) requieren “incitar directamente, esto es, de forma clara y manifiesta, a cometer algún delito”⁴⁰. Además, en el caso de la inducción, se requiere que el autor inducido tome la resolución manifiesta de cometer el delito⁴¹. Al no precisar que se cumplan estos requisitos, el delito de difusión del terrorismo no estaría 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”⁴².

En el periodo observado no se ha aplicado el art. 579 en su redacción actual, sino en su redacción contenida en la LO 5/2010, de 22 de junio, de Reforma del Código Penal. Concretamente, las dos sentencias dictadas en este periodo por difusión de terrorismo responden a la aplicación de lo dispuesto en el citado segundo párrafo del art. 579.1.

4.1. *Elementos del tipo*

Lo primero que debemos observar es que, en virtud de lo dispuesto en este segundo párrafo de artículo 579.1, la conducta consistente en distribuir contenidos o mensajes será típica cuando: 1. Tal distribución sea pública. 2. Los mensajes o contenidos estén “dirigidos a provocar, alentar o favorecer la perpetración” de cualquier delito de terrorismo, “generando o incrementando el riesgo de su efectiva comisión”.

En relación al elemento de publicidad la jurisprudencia sigue claramente la misma línea que en el tipo de enaltecimiento del terrorismo. Como la jurisprudencia es unánime a este respecto, este elemento despierta pocas dudas. No obstante, sí cabe interrogarse sobre cuándo un mensaje está dirigido a provocar, alentar o favorecer la perpetración de un delito. La provocación está recogida en el art. 18.1 CP y consiste en la incitación pública y directa –es decir, realizada con publicidad, pero de carácter expreso–, a la comisión de un delito o clase de delitos⁴³. Sin embargo, resulta más complejo interpretar qué se entiende por alentar o favorecer⁴⁴. Además, la mención que hace el legislador al riesgo generado por la conducta también está sujeta a interpretaciones, ya que se podría interpretar que el legislador hace mención al riesgo: o bien para dejar claro que no se requiere que la provoca-

⁴⁰ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p.120.

⁴¹ GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

⁴² GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p.121.

⁴³ GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Sistema de Responsabilidad Penal*, Madrid: Dykinson, 2017.

⁴⁴ En cuestiones relativas a la autoría (concretamente en lo relativo a la figura del cómplice) se hace referencia a estos verbos, pero no en lo relativo a los actos preparatorios.

ción sea eficaz –por lo que estaríamos ante un delito de peligro abstracto en el que la mera conducta ya se entiende como peligrosa-, o bien para introducir la necesidad de que se valore el riesgo concreto que produce la conducta típica.

Observar los casos estudiados –las únicas dos veces que se ha aplicado este tipo penal desde su creación a su derogación– nos permite clarificar estas cuestiones. La SAN 2224/2015, de 24 de junio, valora los materiales objeto de difusión por parte del penado como:

“de contenido claramente laudatorio y propagandístico de las ideas y actividades violentas relacionadas con las organizaciones terroristas de carácter yihadista, incitantes a conductas que pone como modelo, a través de las que se provocan de forma genérica, o se alientan o favorecen la realización de actividades terroristas y generadoras de un objetivo incremento de riesgo de efectiva comisión de hechos de esta clase”.

Debemos observar que del contenido de estos materiales se predica tanto la dirección (hacia el provocación, favorecimiento o aliento de actividades terroristas) como el riesgo mencionado en el tipo. A propósito del riesgo, cabe señalar que no se realiza una evaluación de tal riesgo, sino que éste se predica automáticamente de la naturaleza de los contenidos. Podemos afirmar, por tanto, que el riesgo aparece aquí más como *ratio legis* que como requisito típico. El hecho de que la aplicación de este tipo penal resultara problemática debido a que se solapaba con el tipo de enaltecimiento del terrorismo viene a confirmar lo que acabamos de señalar.

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 [eran] tipos penales alternativos, que castigan las mismas o similares conductas”. La descripción de los contenidos objeto de difusión en la SAN 2224/2015, de 24 de junio – como dice dicha sentencia: “contenido claramente laudatorio y propagandístico” – refuerza esta idea de que ambos tipos penales vienen a castigar las mismas conductas⁴⁵.

El solapamiento entre ambos tipos tiene mucho sentido ya que, si entendemos el art. 579.1 CP como la tipificación de una provocación no directa –o, como dice la SAN 2224/2015, de 24 de junio, como una provocación “de forma genérica”– entramos necesariamente en el terreno de la apología en sentido estricto, que es exactamente una forma de provocación no directa.

Teniendo en cuenta que difusión y enaltecimiento son tipos penales alternativos, resultan de aplicación las mismas cuestiones en torno a los bienes jurídicos en juego a las que hemos apuntado *supra* –en el subapartado 4.2.– para el delito de enaltecimiento del terrorismo.

⁴⁵ Si el riesgo fuera un requisito típico en el delito de difusión del terrorismo, no podríamos hablar de tipos alternativos, pues en el delito enaltecimiento el riesgo no es un requisito típico, sino el motivo que justifica (*ratio legis*) la prohibición de la conducta.

5. Autoadocctrinamiento terrorista

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. 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 de desplazarse a un territorio controlado por un grupo terrorista para recibir formación o cometer algún delito de este tipo. Estos apartados 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 autoadocctrinamiento”. 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 adoctrine. 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 adoctrinado se adoctrine” 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 organi-

zación o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

5.1. *Elementos del tipo*

Como hemos indicado, el art. 575.2 no pena el hecho de recibir adoctrinamiento por parte de un tercero, sino el adoctrinarse “a sí mismo”. En su párrafo primero este artículo hace referencia a las finalidades del adoctrinamiento recogidas en el art. 575.1., es decir, a los “entrenamientos de combate” y a la adquisición de capacidades y conocimientos que permitan la comisión de atentados. Por su parte, el segundo y tercer párrafo del art. 575.2 ya no hacen mención a tales entrenamientos o capacidades, sino que recogen el acceso reiterado o la posesión de 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”. Dado que en los casos estudiados el art. 575.2 solo ha sido aplicado en virtud de los supuestos recogidos en sus párrafos segundo y tercero, nos centraremos en ellos.

En primer lugar, cabe señalar como primer elemento objetivo del tipo las conductas consistentes en: el acceso 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”; o bien, la adquisición o posesión de ciertos documentos.

Para que la conducta sea típica los materiales a los que se hace referencia deben estar dirigidos o resultar idóneos “para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines”. Cumplido este requisito relativo al carácter de los contenidos, el acceso habitual, adquisición o posesión de dichos contenidos realizará la parte objetiva del tipo. No obstante, la realización dolosa de la parte objetiva del tipo no basta para considerar típica la conducta, ya que este tipo penal exige que la conducta sea realizada con la “finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo”.

Los párrafos segundo y tercero de este art. 575.2 hacen referencia a que los contenidos deben ser idóneos para integrarse en, o colaborar con, alguna organización terrorista. Por tanto, para que resulten de aplicación estos párrafos la finalidad de la conducta será la realización de los delitos de colaboración o pertenencia a una organización o grupo terrorista. Esta tesis se ve reforzada por el hecho de que, si la finalidad del acceso a ciertos contenidos fuera la de cometer cualquier otro de los delitos del Capítulo, sería de aplicación el primer párrafo del art. 575.2, el cual remite al catálogo de conocimientos técnicos recogidos en el ya citado artículo 575.1. Además, cabe mencionar que el legislador también apunta en este sentido en la Exposición de Motivos de la LO 2/2015, de Reforma del Código Penal, al afirmar que este tipo penal exige: “una nota de habitualidad y un elemento finalista que

no es otro que estar dirigido a incorporarse a una organización terrorista, colaborar con ella o perseguir sus fines”.

En consecuencia, para realizar el delito de autoadocctrinamiento terrorista en su modalidad recogida en sus párrafos segundo y tercero, el sujeto deberá adquirir, poseer o acceder de forma habitual a contenidos que resulten idóneos para integrarse o colaborar con un grupo terrorista, con la finalidad de colaborar o integrarse en un grupo terrorista.

En virtud de lo observado en las sentencias en las que se ha aplicado, debemos señalar que tanto la finalidad de la conducta como el carácter idóneo de los contenidos se extraen de un análisis de los contenidos a los que el sujeto accedía o poseía. En la SAN 4394/2016, del 7 de diciembre este análisis se materializa en una prueba pericial que afirma que el acusado se hizo pasar a si mismo por un “programa de adoctrinamiento que, a través de sucesivas etapas, pretende desarrollar en los jóvenes musulmanes un estado mental que finalmente les conduzca a la única salida que es la del activismo militante” (SAN 4394/2016, del 7 de diciembre). Dichas etapas son: victimización, culpabilización, solución y activismo. Según los peritos y el tribunal sentenciador, los contenidos que el acusado poseía y a los que accedía acreditan que pasó por estas 4 etapas. Dichos contenidos cumplen así el requisito de idoneidad y a la vez acreditan la radicalización del acusado por lo que queda probado su ánimo subjetivo. En las otras sentencias en las que se ha aplicado este delito no se ha recurrido a tal prueba pericial, pero se ha seguido idéntico procedimiento, valorando el carácter radical de los contenidos que almacenaban los dispositivos electrónicos intervenidos a los sujetos juzgados.

5.2. *Bienes jurídicos en juego*

Lo primero que debemos observar es que estamos ante un delito de mera actividad que –cumplidos los requisitos arriba mencionados– prohíbe, por considerarla una conducta abstractamente peligrosa, la posesión, adquisición o acceso a ciertos contenidos. Como ya hemos indicado, estas conductas tienen que realizarse con la finalidad de integrarse o colaborar con una organización terrorista. En este sentido, podemos afirmar con Puente Rodríguez que este precepto busca sancionar a “quien quiera prepararse para ser peligroso”⁴⁶. Estamos, por tanto, ante el adelantamiento de las barreras de protección frente a los delitos de colaboración y pertenencia. Dos delitos que en sí mismos son también delitos de mera actividad y peligro abstracto, por lo que ya suponen un adelantamiento de las barreras de protección respecto a otros delitos de terrorismo.

Si bien los tipos de pertenencia y de colaboración son polémicos, hay cierto consenso doctrinal en considerar que la existencia de una pluralidad de individuos

⁴⁶ PUENTE RODRIGUEZ, Leopoldo. “La punición del autoadocctrinamiento terrorista:...”, cit. nota nº21, p.153.

organizados que comparten unos fines y medios entraña una peligrosidad objetiva⁴⁷. Por tanto, la justificación del adelantamiento de la intervención penal que supone la tipificación de estas conductas encuentra su fundamento en tal peligrosidad y en cómo ésta aumenta el riesgo de atentados de tipo terrorista. Dado que las conductas tipificadas en el art. 575.2 CP son un adelantamiento de la intervención respecto a la colaboración o la pertenencia, podemos afirmar con Galán Muñoz que estamos ante “un nuevo y no desdeñable adelantamiento de la intervención penal”, lo cual “abre un nuevo círculo concéntrico de relevancia penal respecto a las conductas previas al comienzo de la ejecución de los atentados terroristas propiamente dichos”⁴⁸.

Debemos observar, en consecuencia, que estamos ante la tipificación como delito autónomo de lo que se consideran actos preparatorios de otros delitos⁴⁹. No obstante, y pese al elemento finalista que exige el tipo, el injusto de las conductas tipificadas no depende de cualquier otro delito, por lo que estamos ante “delitos de mera actividad y peligro abstracto, completamente autónomos del resto de delitos terroristas”⁵⁰. Esta fórmula no es una novedad en nuestro sistema penal, pero, dado que en este caso concreto tal acto preparatorio consiste en la adquisición de una formación ideológica –que toma forma material través de las conductas tipificadas–, parte de la doctrina ha considerado este artículo una restricción excesiva de la libertad ideológica y de la libertad de expresión⁵¹.

A este respecto, lo primero que debemos señalar es que, según nuestro ordenamiento y nuestra tradición jurídica, la intervención del Derecho Penal en los actos preparatorios debe ser excepcional⁵². Como señala Cano Paños, en un Estado social y democrático de Derecho: “El fundamento del castigo de fases anteriores a la consumación ha de verse, pues, en la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumir el delito, desde el momento en que dicha peligrosidad se manifieste ya *ex ante*”⁵³. Dado que, como observa este autor en su análisis de este art. 575 CP, estamos ante “actos preparatorios llevados a cabo por sujetos indivi-

⁴⁷ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.

⁴⁸ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p. 110.

⁴⁹ La SAN 331/2017, de 28 de febrero, es buena prueba del carácter autónomo del delito de autoadornamiento terrorista. Si no estuviéramos ante un delito completamente autónomo no se habría podido apreciar en concurso real con el delito de desplazamiento a zonas de conflicto.

⁵⁰ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p. 111.

⁵¹ Véanse: GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p. 131; LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Lobos solitarios yihadistas: ¿Terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho Penal de Autor”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.) y RUIZ ARIAS, Miriam (ed.), *Actas del Seminario Internacional: El terrorismo en la actualidad un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca: Ratio Legis, 2017, pp. 87-103, pp. 88; CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Medidas para contrarrestar la radicalización online ...”, cit. nota nº 20, p.247.

⁵² GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Sistema*, cit. nota nº 41.

⁵³ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: Cinco cuestiones fundamentales”, *Revista General de Derecho Penal*, nº23 (2015), p. 28, disponible en: <http://www.iustel.com>

duales y que se encuentran situados en estadios bastante alejados tanto de la tentativa punible como de la propia ejecución delictiva”⁵⁴, no podemos deducir tal peligrosidad objetiva. Estas observaciones llevan al autor a considerar que: “la ampliación de la intervención penal a estadios tan alejados de la efectiva ejecución de una acción delictiva presenta evidentes reparos, tanto dogmático-penales como incluso de política-criminal”⁵⁵.

La única relación entre las conductas tipificadas en el art. 575.2 y la ejecución de cualquier otra acción delictiva existe únicamente en el “foro interno [del sujeto] es decir, dentro de su propia esfera jurídica”⁵⁶. Y esto, además de ser un problema dogmático, es también un problema a la hora de aplicar el tipo penal. Este tipo penal exige la realización de una conducta con una determinada finalidad, lo cual no supone ningún problema formal, sin embargo, dada la lejanía entre la conducta penada y los actos ejecutivos, aparece un importante problema material, referido a cómo se debe probar la relación entre la conducta y su finalidad⁵⁷.

Como se desprende de la aplicación de este tipo, al determinarse la finalidad de la conducta a través del análisis del carácter de los contenidos, lo que se acaba realizando es un juicio sobre el carácter radical de los contenidos que se consumen. Una vez realizado tal juicio sus conclusiones se extrapolan al sujeto. Dado que la relación entre la conducta y su finalidad solo existe en el interior del sujeto –en su voluntad futura, pero no se pone de manifiesto en ningún hecho externo que no sea el de adquirir conocimientos–, probar tal relación se torna muy difícil, ya que la única forma de probarla es valorar la ideología del sujeto. Si por el carácter de los contenidos que el sujeto consume o posee se puede deducir que el sujeto es un “radical”, se considerará probado que se cumple el requisito finalista del tipo⁵⁸.

Esta intromisión en el foro interno del sujeto, el importante adelantamiento de la intervención penal y la dificultad para que un juicio *ex ante* sobre la peligrosidad de las conductas tipificadas arroje unos resultados que justifiquen su tipificación, llevan a Galán Muñoz a señalar el difícil encaje de este tipo penal con los principios de proporcionalidad y de intervención mínima que han de regir el *ius puniendi*⁵⁹. Por su parte, Cano Paños también se muestra crítico con este delito, alegando que “un Derecho penal liberal respetuoso con el Estado de Derecho no puede nunca tipificar penalmente la actitud interna de un sujeto, su concreta ideología, por muy radical y tergiversada que ésta pueda parecer”⁶⁰.

⁵⁴ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 27.

⁵⁵ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 25.

⁵⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 27.

⁵⁷ Como recuerda Cano Paños en la obra citada, estos problemas materiales son uno de los motivos por los que se evita penar los actos preparatorios.

⁵⁸ Este proceso es análogo al que se realiza en los delitos de enaltecimiento del terrorismo cuando se considera que se exige cierto elemento subjetivo para la realización del tipo.

⁵⁹ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?” cit. nota nº 5, p. 112.

⁶⁰ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 27.

6. El radical como nuevo enemigo

La elevación general de las penas por delitos de terrorismo⁶¹ unida a la observada ampliación de lo que puede ser considerado delito llevan a Galán-Muñoz a considerar la reforma de 2015 como un mero ejercicio de *populismo punitivo* que, continuando la línea de las reformas anteriores, tan solo busca dar a la ciudadanía una “falsa sensación de seguridad”⁶². Por su parte Cancio Meliá ha asociado tanto LO 5/2010, de reforma del Código Penal, como buena parte de la legislación antiterrorista previa con los principios del Derecho Penal del Enemigo⁶³.

Lo que define al terrorismo en el ordenamiento jurídico español es un criterio teleológico consistente en la voluntad de “subvertir el orden constitucional” o de “alterar la paz pública”⁶⁴. Lo que diferencia al terrorismo de otras formas de delincuencia es que “los delitos terroristas se cometían con una intencionalidad de marcado carácter político”⁶⁵. Esto, desde el punto de vista de cierto Derecho convierte al terrorista en aquel que “amenaza constantemente”⁶⁶ y en “el reo de alta traición”⁶⁷, es decir en *un enemigo* al que le debe ser aplicado el Derecho penal del enemigo⁶⁸.

Sin embargo, el Derecho penal del enemigo no es la única explicación existente a la deriva del Derecho penal moderno en general, ni a la de la legislación antiterrorista en particular. También podrían dar cuenta de la creación de los tipos penales observados planteamientos como el Derecho penal del riesgo⁶⁹ –que hace hincapié en cómo el Derecho Penal se adapta a la sensación de inseguridad creada por la sociedad del riesgo–, el Derecho Penal de autor⁷⁰ –para el cual el Derecho Penal ha pasado de juzgar hechos a juzgar las características del autor de dichos hechos– o el Derecho Penal simbólico⁷¹ –que ahonda en cómo desde la política se instrumentaliza el Derecho Penal.

⁶¹ Al centrarnos en los tipos penales, hemos obviado el aumento de las penas traído por las reformas mencionadas. Para más información a este respecto, véanse las obras citadas de los autores Galán Muñoz y Cano Paños.

⁶² GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p. 107.

⁶³ CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal antiterrorista español y la armonización penal de la Unión Europea”, *Revista Justicia e Sistema Criminal*, vol. 6 nº10 (2014), pp. 45-72.

⁶⁴ GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en SERRANO-PIEDRACASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coords.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 25-52.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 287 y ss.

⁶⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?”, cit. nota nº 5, p. 98.

⁶⁶ KANT, Immanuel, *Ideas para una historia en clave cosmopolita*, Madrid: Tecnos, [1784] 2006, p. 9.

⁶⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatán*, Madrid: Losada, [1651] 2003, pp. 133 y ss.

⁶⁸ JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel, *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, p. 32.

⁶⁹ NAVARRO CARDOSO, Fernando, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad: Una quiebra del sistema sancionador”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1321 y ss.

⁷⁰ LASCANO, Carlos Julio (2006), “La demonización del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor” en CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusion*, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 203-232

⁷¹ HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Nuevo Foro Penal*, nº51 (1991), pp. 17-30.

Todas estas explicaciones serían, en diferentes grados, válidas para explicar lo observado. Todas tienen como elemento común la constatación de una tendencia contemporánea a “expandir el Derecho Penal”⁷² justificada bajo una supuesta necesidad de prevención. No obstante, hacen hincapié en dinámicas y explicaciones distintas. En consecuencia, para tratar de sintetizar lo observado de la manera más amplia posible, vamos a recurrir a las observaciones realizadas por Hassemer sobre el *Derecho penal moderno*, para tratar de explicar las consecuencias que la legislación antiterrorista observada tiene para el Estado de Derecho⁷³. Según este autor, el Derecho penal moderno presenta tres características principales: tiende a expandirse, se convierte en un instrumento de política interior orientado a la prevención y se ve reducido a sus funciones simbólicas.

6.1. *La expansión del Derecho Penal hacia el foro interno*

Según plantea Hassemer⁷⁴, para expandirse el Derecho Penal recurre a la creación de nuevos tipos penales de peligro abstracto cuya intención declarada es la protección de bienes jurídicos supraindividuales. Los tres tipos penales analizados encajan en esta definición, son tipos de peligro abstracto que, para proteger determinados bienes supraindividuales, tipifican como delitos autónomos conductas cercanas al ámbito de los actos preparatorios. Podemos apreciar cómo la expansión se produce retrocediendo en la cadena de causalidad que, en teoría, conduce a un atentado⁷⁵, ampliando así las conductas potencialmente punibles.

Haber expandido el Derecho Penal en esta dirección permite adelantar su intervención, pero, a la vez, crea serias dudas sobre si el desvalor de las conductas tipificadas justifica la afcción de derechos fundamentales que implica la tipificación. En el caso de los delitos de difusión y de enaltecimiento estamos hablando de la restitución de la prohibición de la apología en sentido estricto, lo cual es un evidente recorte de la libertad de expresión. En el caso del autoadoctrinamiento se está penando a quién acceda por su cuenta a determinados contenidos que le sitúen ideológicamente próximo a un grupo terrorista, que es, como apunta Cano Paños, una evidente restricción de la libertad ideológica⁷⁶.

Además, más allá de la afcción de determinados derechos, adelantar el momento en el que el Derecho Penal puede intervenir también plantea algunas dudas desde el punto de vista de los propios límites del Derecho penal. Por un lado, al estar ante conductas cuya peligrosidad es, cuanto menos, cuestionable, se puede dudar de que estos artículos no vulneren los principios de intervención mínima y de *última ratio*

⁷² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.

⁷³ HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del moderno Derecho penal”. *Actualidad Penal*, n°43 (1993), pp. 635-646.

⁷⁴ HASSEMER, Winfried, “Crisis y características”, cit. nota n° 71.

⁷⁵ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?” cit. nota n° 5, p. 99.

⁷⁶ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota n°53, p. 23.

que deben configurar el *ius puniendi*. Y, por otro lado, la necesidad de un elemento finalista en los tres tipos obliga a los tribunales juzgadores a valorar la ideología del sujeto para determinar si el autor realizó la conducta con la finalidad típica. Cabe señalar con Llobet Anglí que la punición de las conductas mencionadas se fundamenta sobre “la suposición de una posible peligrosidad subjetiva”⁷⁷. El peso probatorio de esta valoración⁷⁸ parece poner en cuestión el clásico: *cogitationes poenam nemo patitur*. Esta idea, presente ya en autores clásicos como Beccaria⁷⁹, limita al Derecho a juzgar actos externos y ha sido incorporado por la doctrina como principio de responsabilidad por el hecho.

Como explica Cancio Meliá, el principio de responsabilidad por el hecho “se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal para meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho Penal orientado con base en la actitud interna del autor”⁸⁰. Como continua el autor, este principio “cristaliza en la necesidad estructural de un hecho como contenido central del tipo (Derecho penal del hecho en lugar de Derecho penal de autor)”⁸¹. En atención a este criterio, Cancio Meliá observa cómo la legislación antiterrorista española⁸² –al diluir las líneas entre tentativa y preparación, entre autoría y participación, y entre colaboración y fines políticos– no respeta el principio del hecho, por lo que la califica de *Derecho penal de autor*.

Como ya hemos mencionado, la lucha penal contra el terrorismo previa a 2010 jugaba principalmente con los tipos de pertenencia y colaboración con banda armada⁸³ para poder dirigir a la justicia contra aquellos que tenían cierto contacto con el terrorismo. Sobre ese contexto previo a nuestro periodo de estudio Cancio Meliá afirmó que “mediante sucesivas ampliaciones se ha alcanzado un punto en el que «estar ahí» de algún modo, «formar parte», de alguna manera, «ser uno de ellos», aunque sólo sea en espíritu, es suficiente”⁸⁴.

Lo observado en el presente artículo parece indicar que se ha ahondado en esta tendencia. Los tres tipos penales estudiados penan como delitos de terrorismo conductas cuya única relación con el terrorismo (sus acciones o sus organizaciones)

⁷⁷ LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Lobos solitarios yihadistas:..”, cit. nota nº51, p.90.

⁷⁸ Nosotros hemos observado el peso de esta valoración en los casos estudiados, pero el rumbo que tomarían los juicios por estos delitos ya fue anticipado por juristas como Galán Muñoz, Cancio Meliá, Cano Paños o Llobet Anglí.

⁷⁹ BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Imprenta de Doña Rosa Sanz, [1764] 1820.

⁸⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Derecho Penal del Enemigo?, en JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 57-103, p. 100.

⁸¹ CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Derecho Penal...?, cit. nota nº 80, p. 101

⁸² Nótese que la obra citada de Cancio Meliá tiene fecha de edición de 2003, por lo que está haciendo referencia al Código Penal de 1995 y la LO 7/2000, de reforma del Código Penal.

⁸³ GIL GIL, Alicia, “La expansión de los delitos de terrorismo”, cit. nota nº 3.

⁸⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Derecho Penal...?, cit. nota nº 80, p. 102

es meramente subjetiva. Es decir, que, como señaló Cano Paños⁸⁵, la única relación entre las conductas típicas y cualquier otro delito de terrorismo existe únicamente en la mente del sujeto.

Aunque formalmente se exige en los tipos estudiados una conducta, no podemos considerar que respeten el principio del hecho, ya que, como acabamos de explicar, para respetar realmente el principio de responsabilidad por el hecho, éste debe ser el elemento central del tipo. Como anticipó la doctrina y como muestran tanto el tenor literal como la aplicación de estos artículos, el elemento central del tipo es ese elemento subjetivo, la finalidad, que, en teoría, dota de peligrosidad a la conducta. Como dicha peligrosidad no puede observarse en la conducta, ha de predicarse de las características del sujeto. Estamos, por tanto, ante tipos que consuman la tendencia del derecho penal antiterrorista a convertirse en un Derecho Penal de autor. En el Derecho Penal de autor el fundamento y medida de la pena no residen en el hecho cometido, sino en la peligrosidad del autor⁸⁶, del mismo modo, el injusto no se basa en el desvalor de la conducta, sino en las características del autor.

Fruto de la progresiva expansión del Derecho Penal en esta materia –y en el sentido apuntado– podemos afirmar que los tres tipos penales estudiados llevan la lucha contra el terrorismo al terreno de las subjetividades⁸⁷. Estos tipos penales permiten que la lucha contra el terrorismo se amplíe a la lucha contra los radicales, dotando así de existencia al radical, un individuo cuya relación con el terrorismo es meramente subjetiva, es decir, que solo existe en la mente del sujeto –en su “foro interno”⁸⁸.

Por último, debemos observar que la tendencia a intervenir a través del Derecho penal cada vez antes en materia de terrorismo no es un particularismo español, sino que responde a acuerdos internacionales tomados en el seno de la Unión Europea y de Naciones Unidas⁸⁹. Y, como vamos a ver a continuación, tampoco estamos ante una excentricidad política por parte de los legisladores españoles. Esta expansión se sustenta, pretendidamente, en las otras dos características del Derecho Penal Moderno.

6.2. *El Derecho Penal como instrumento preventivo y restringido a lo simbólico*

Como ya hemos mencionado, Hassemer observa que el Derecho penal moderno, además de expandirse, tiende a convertirse en un instrumento de política interior orientado a la prevención y a quedar restringido a su uso simbólico.

⁸⁵ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 27.

⁸⁶ PERALTA, José, “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXIII (2010), pp. 251-276.

⁸⁷ Proponemos, por tanto, denominar a estos tres tipos penales –enaltecimiento del terrorismo, difusión del terrorismo y autoadoctrinamiento– como *delitos de subjetividad*.

⁸⁸ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº53, p. 27.

⁸⁹ No obstante, y como han señalado varios de los autores citados, nuestro legislador ha hecho interpretaciones muy extensivas de las disposiciones internacionales en las cuales se apoya para justificar las reformas legislativas mencionadas. Como el recurso al derecho comparado nos haría alejarnos en exceso de nuestro objeto de estudio remitimos al lector a: CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal antiterrorista español y la armonización...”, cit. nota nº63.

En cuanto a la orientación de los tipos penales analizados hacia la prevención, debemos mencionar que “prevenir el terrorismo” es la justificación esgrimida por el legislador para llevar a cabo las reformas del Código Penal de 2010 y de 2015. Es decir, que la expansión del Derecho Penal que hemos observado se justifica recurriendo a la necesidad de prevenir los atentados terroristas. El Derecho vuelve así a apartarse de los hechos para pasar a encargarse de gestionar riesgos. Como hemos visto, tal riesgo no se predica de acciones objetivas, sino que –dado que estamos ante un Derecho penal de autor– se determina a través de la evaluación de ciertas características del autor.

Además, como sostiene Silva Sánchez, esta peligrosidad que justifica la expansión del Derecho Penal ni siquiera se determina atendiendo exclusivamente a las características de individuos particulares, sino que se “evalúa” tomando como objeto “grupos o clases sociales”⁹⁰. Tal es el caso de los delitos de terrorismo observados, en los que el autor es considerado peligroso por poseer una ideología que lo sitúa dentro de un grupo considerado peligroso, los radicales islamistas. De este modo, aparece la *justicia actuarial*, que empuja al Derecho Penal a dejar de ocuparse exclusivamente de las formas más graves de agresión contra los bienes jurídicos más importantes de una sociedad, para pasar a ocuparse de colectivos a los que se criminaliza no realmente por sus actos, sino por el peligro que, se supone, representan para una sociedad⁹¹. Como ya observaron Bernal del Castillo⁹² y Cano Paños⁹³, las últimas reformas penales en materia de terrorismo convierten al Derecho penal en un Derecho penal del riesgo.

En las últimas décadas el riesgo se ha convertido en un elemento central en las sociedades contemporáneas⁹⁴. El miedo al delito, y en este caso concreto el miedo a un delito de tal gravedad como es el atentado terrorista, se ha convertido una de las principales ansiedades sociales. Bajo el paraguas que ofrece la existencia de este miedo, en las últimas décadas han ganado una importante centralidad política los discursos y prácticas punitivas⁹⁵. No obstante, como es propio en el Derecho penal del riesgo, el uso del Derecho penal para la gestión del riesgo no busca producir efectos reales, sino tan solo producir efectos simbólicos⁹⁶ porque la exclusión de todo riesgo y la provisión de seguridad total no es posible.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal*, cit. nota nº 72, p. 144.

⁹¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades Punitivas*, Barcelona: Anthropos y OSPDH, 2005, p. 226.

⁹² BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “Una visión crítica del nuevo delito de promoción del terrorismo del artículo 579.1.”, *Revista de Derecho Penal*, nº 33 (2011), pp. 65-79.

⁹³ CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma”, cit. nota nº 53.

⁹⁴ Véase: SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. *Criminología: Introducción a sus principios*, Madrid: Dykinson, 2017, pp. 132 y ss.

⁹⁵ JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. *Trampas y tormentos: Para una ecología del castigo en el Reino de España*, Madrid: La Caída, 2015, pp. 35 y ss.

⁹⁶ SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. *Criminología*, cit. nota nº 94, p.132.

Es difícil considerar que los tipos penales observados y las penas que les acompañan puedan tener algún efecto real correspondiente a los fines de la pena previstos en nuestro ordenamiento jurídico. Tanto observando los marcos penales abstractos como las penas individualizadas presentes en los casos estudiados, podemos apreciar que estamos en todos los casos ante delitos que prevén como consecuencia principal la imposición de penas de prisión menos graves, a las que se les suman obligatoriamente inhabilitaciones absolutas y especiales que, en virtud de lo dispuesto en el art. 579 *bis* CP, tienen en todos los casos naturaleza de penas graves⁹⁷.

En base a lo ya observado en relación al injusto personal de las conductas penadas, podemos afirmar que estamos ante penas desproporcionadas de difícil acomodo con el fundamento retributivo de la pena. Esta vulneración del principio de proporcionalidad impide que la pena pueda tener efectos preventivos generales ni en su vertiente positiva, ni en su vertiente negativa. Como afirma Galán Muñoz:

“al permitir que se sancione a los autores de conductas realmente leves con penas severísimas y completamente desproporcionadas a su gravedad objetiva por el mero hecho de haberlas realizado para respaldar los fines que las caracterizan como terroristas, se puede llegar a que se haga aparecer a quienes las padezcan como verdaderas víctimas de un sistema injusto y draconiano que les castiga tan severamente no por la gravedad de lo que hacen, sino por haberlo hecho para defender sus ideales, convirtiéndolos así en verdaderos «mártires» y ejemplos vivientes a seguir para aquellos que comparten sus ideas y su visión maniquea del mundo”⁹⁸.

Estas penas desproporcionadas también truncan la función preventiva que deberían tener las penas desde un punto de vista utilitarista. La quiebra del principio de proporcionalidad también es un importante escollo para hablar de prevención especial, al menos en su vertiente positiva. No obstante, el principal argumento por el que no podemos hablar de prevención especial positiva es que algunos estudios⁹⁹ han observado que la prisión, lejos de tener un efecto resocializador en los sujetos condenados por este tipo de delitos, es “un lugar idóneo para la aceleración de los procesos de radicalización”, así como “para la captación de miembros por parte de

⁹⁷ El mencionado artículo 579 *bis* del Código Penal establece que todos los delitos recogidos en el título se sancionaran, además de con la pena prevista en la concreta figura, con inhabilitación absoluta, así como con “inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en los ámbitos docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad”. En virtud de lo dispuesto en el art. 33 CP, la inhabilitación absoluta es siempre pena grave y la inhabilitación especial es pena grave cuando supere los 5 años.

⁹⁸ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?” cit. nota nº 5, p. 107.

⁹⁹ Véanse: TRUJILLO, Humberto M.; JORDÁN, Javier; GUTIÉRREZ, José Antonio; GONZÁLEZ-CABRERA, Joaquín, “Radicalization in Prisons? Field Research in 25 Spanish Prisons”. *Terrorism and Political Violence* nº 21 (2009), pp. 558-579; GONZÁLEZ CABRERA, Joaquín. *Estudio psicosocial de los procesos de radicalización islamista y reclutamiento yihadista en contextos críticos (Tesis Doctoral)*. Granada: Universidad de Granada, 2011.

organizaciones yihadistas”¹⁰⁰. Por este motivo, tampoco podemos afirmar que las penas que acompañan a los delitos estudiados tengan si quiera un fundamento preventivo especial negativo, pues, salvo la incomunicación total, nada puede impedir a un individuo comunicar o asumir ideas. El único efecto preventivo general negativo es el de arrebatarse al sujeto los medios para darle más publicidad a sus ideas mientras se encuentre internado en el centro penitenciario¹⁰¹.

7. Conclusiones

Debemos observar que estamos ante una serie de tipos penales originados por reformas guiadas por un claro *preventivismo*. Toman el concepto de prevención como sinónimo de control y convierten la prevención en un recurso retórico que permite la expansión de un punitivismo destinado a funciones meramente simbólicas: disciplinar a los individuos y legitimar a las instituciones¹⁰². Al respecto de estos efectos simbólicos de estas reformas penales, Galán Muñoz afirmó que su efecto simbólico principal era el de mostrar al público que el legislador estaba “haciendo algo”, de modo que no pudiera responsabilizarse a él en caso de que tuviera lugar alguna acción terrorista¹⁰³. Pero, más allá de esta cuestión, lo que cabe destacar como conclusión de la observación de la legislación española es el papel de estos tipos penales en la producción de un nuevo enemigo público

Tras los tipos penales analizados, hay un derecho *preventivista* que ha creado una serie de delitos autónomos que penan la adscripción o difusión de ciertas posturas ideológicas. Estos delitos 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*.

El radical es producto de las reformas penales observadas y a la vez es su justificación. Como hemos visto, estas reformas encajan dentro de las características del Derecho penal del riesgo, este derecho penal requiere de la existencia de sujetos cuya “mera existencia supone un riesgo para el orden social”¹⁰⁴. Es decir, de enemigos cuya peligrosidad sea tal que la necesidad de prevenir el mal que puedan

¹⁰⁰ GONZÁLEZ CABRERA, Joaquín. *Estudio psicosocial de los procesos*, cit. nota nº 99, p. 321.

¹⁰¹ No podemos considerar esta cuestión suficiente para hablar de un verdadero fundamento preventivo especial negativo. Las inhabilitaciones (tanto especiales como absolutas), al igual que cualquier pena de esta clase que se impone sin relación entre su contenido y los hechos constitutivos de delito, tienen una difícil justificación. Y con respecto a la pena de prisión cabe decir que la estancia en centro penitenciario priva al sujeto de los medios para darle publicidad a sus mensajes, lo cual imposibilita los delitos de enaltecimiento y de difusión, pero no impide que el sujeto transmita sus mensajes personalmente, un hecho que también es constitutivo de delito. En consecuencia, no se está evitando realmente la comisión de nuevas infracciones, sino que se está desplazando la conducta del sujeto hacia la comisión de otras de similar naturaleza.

¹⁰² JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. *Trampas y tormentos*, cit. nota nº 95, p. 35

¹⁰³ GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿Leyes que matan...?” cit. nota nº 5, p. 107.

¹⁰⁴ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y Sistema Penal*, cit. nota nº 91, p. 225.

causar prepondere sobre los principios del Derecho Penal. También hemos observado que estamos ante un Derecho penal de autor, por lo que estos elementos que hacen peligroso al autor no deben buscarse en su conducta externa, sino en su foro interno, es decir, en su ámbito subjetivo.

A través de la creación de los tipos penales analizados, el legislador ha buscado luchar contra “el caldo de cultivo del terrorismo” evitando penalmente la propagación y adquisición de ciertas ideas. Es evidente, por tanto, la voluntad *preventivista* del legislador que, ante la existencia de un fenómeno social, la radicalización islamista, ha recurrido al Derecho Penal como herramienta para gestionarlo. Introducir el Derecho Penal en el ámbito de la gestión de un fenómeno ligado a la adscripción de cierta subjetividad ha obligado, como hemos podido ver, a aplicar un Derecho Penal poco respetuoso con ciertos principios del *ius puniendi*. En consecuencia, podemos afirmar que estamos ante un Derecho penal: preventivista, de autor y simbólico. Es decir, que presenta los principios que caracterizan la crisis del Derecho penal moderno. De hecho, podemos llegar a afirmar que estamos ante un Derecho penal que parece presentar las características de ese no-Derecho que es el Derecho penal del enemigo.

Bibliografía

- ASUA BATARRITA, Adela, “Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad: Fines políticos últimos y fines de terror instrumental”, en: BASALDUA, Echano (coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de José María Lidón*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2002, pp. 41-85.
- BECCARIA, Cesare. *Tratado de los delitos y las penas*. Madrid: Imprenta de Doña Rosa Sanz, [1764] 1820.
- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús, “Una visión crítica del nuevo delito de promoción del terrorismo del artículo 579.1.”, *Revista de Derecho Penal*, nº 33 (2011), pp. 65-79.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “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*, nº44 (2002), pp. 19-26.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, ¿Derecho Penal del Enemigo?, en JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003, pp. 57-103, p. 100.
- CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, “Derecho Penal antiterrorista español y la armonización penal de la Unión Europea”, *Revista Justiça e Sistema Criminal*, vol. 6 nº10 (2014), pp. 45-72.

- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “La reforma penal de los delitos de terrorismo en el año 2015: Cinco cuestiones fundamentales”, *Revista General de Derecho Penal*, nº23 (2015), disponible en: <http://www.iustel.com>
- CANO PAÑOS, Miguel Ángel, “Medidas para contrarrestar la radicalización online en el contexto del terrorismo yihadista”, en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer Delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 229-252
- GALÁN MUÑOZ, Alfonso, “¿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 (2016), pp. 95-138.
- GIL GIL, Alicia, “La expansión de los delitos de terrorismo en España a través de la reinterpretación jurisprudencial del concepto «Organización Terrorista»”. *ADPCP*, LXVII (2014), pp. 105-154.
- GIL GIL, Alicia; LACRUZ LÓPEZ, Juan Manuel, MELENDO PARDOS, Mariano; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, José. *Sistema de Responsabilidad Penal*, Madrid: Dykinson, 2017.
- GÓMEZ MARTÍN, Victor, “Notas para un concepto funcional de terrorismo”, en SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón; DEMETRIO CRESPO, Eduardo (coords.), *Terrorismo y Estado de Derecho*, Madrid: Iustel, 2010, pp. 25-52.
- GÓMEZ RIVERO, María del Carmen. *La inducción a cometer el delito*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- GONZÁLEZ-CABRERA, Joaquín. *Estudio psicosocial de los procesos de radicalización islamista y reclutamiento yihadista en contextos críticos (Tesis Doctoral)*. Granada: Universidad de Granada, 2011.
- HASSEMER, Winfried, “Derecho Penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Nuevo Foro Penal*, nº51 (1991), pp. 17-30.
- HASSEMER, Winfried, “Crisis y características del moderno Derecho penal”. *Actualidad Penal*, nº43 (1993), pp. 635-646.
- HOBBS, Thomas. *Leviatán*, Madrid: Losada, [1651] 2003.
- JAKOBS, Gunter; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho Penal del Enemigo*, Madrid: Civitas, 2003.
- JIMÉNEZ FRANCO, Daniel. *Trampas y tormentos: Para una ecología del castigo en el Reino de España*, Madrid: La Caída, 2015, pp. 35 y ss.
- KANT, Immanuel. *Ideas para una historia en clave cosmopolita*, Madrid: Tecnos, [1784] 2006.
- KING, Michael; TAYLOR, Donald M, “The Radicalization of Homegrown Jihadists: A Review of Theoretical Models and Social Psychological Evidence”. *Terrorism and Political Violence*, 4-23 (2011), pp. 602-622.
- LASCANO, Carlos Julio (2006), “La demonización del enemigo y la crítica al Derecho penal del enemigo basada en su caracterización como Derecho penal de autor” en CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*, Madrid: Edisofer, 2006, pp. 203-232.

- LLOBET ANGLÍ, Mariona, “Lobos solitarios yihadistas: ¿Terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho Penal de Autor”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.) y RUIZ ARIAS, Miriam (ed.), *Actas del Seminario Internacional: El terrorismo en la actualidad un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca: Ratio Legis, 2017, pp. 87-103.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli (2003), “Apología del terrorismo”, en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio; GURDIEL SIERRA, Manuel; CORTÉS BECHIARELL, Emilio (coords.), *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 553-582.
- MIRÓ LLINARES, Fernando, “Derecho Penal y 140 caracteres: hacia una exégesis restrictiva de los delitos de los delitos de expresión” en MIRÓ LLINARES, Fernando (dir.), *Cometer Delitos en 140 caracteres: El Derecho penal ante el odio y la radicalización en internet*, Madrid: Marcial Pons, 2017, pp. 21-65
- NAVARRO CARDOSO, Fernando, “El Derecho penal del riesgo y la idea de seguridad: Una quiebra del sistema sancionador”, en *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, 2004, pp. 1321 y ss.
- NUÑEZ CASTAÑO, Elena, *Los delitos de colaboración con organizaciones y grupos terroristas* Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- PERALTA, José, “Elementos subjetivos del ilícito en la determinación de la pena”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXIII (2010), pp. 251-276.
- PUENTE RODRIGUEZ, Leopoldo, “La punición del autoadoctrinamiento terrorista: breve pasado y ¿breve futuro?”, en: PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel (Dir.) y RUIZ ARIAS, Miriam (ed.), *Actas del Seminario Internacional: El terrorismo en la actualidad un nuevo enfoque político criminal*, Salamanca: Ratio Legis, 2017, pp. 143-160.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio, “Presente y futuro del delito de enaltecimiento y justificación del terrorismo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* nº 12 (2008), pp. 771-793.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Política criminal y Sistema Penal: Viejas y nuevas racionalidades Punitivas*, Barcelona: Anthropos y OSPDH, 2005.
- RUIZ DE LANDÁBURU, María José. *Provocación y apología: delitos de terrorismo*. Madrid: COLEX, 2002.
- SERRANO TÁRRAGA, María Dolores. *Criminología: Introducción a sus principios*, Madrid: Dykinson, 2017.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001.
- TRUJILLO, Humberto M.; JORDÁN, Javier; GUTIÉRREZ, José Antonio; GONZÁLEZ-CABRERA, Joaquín, “Radicalization in Prisons? Field Research in 25 Spanish Prisons”. *Terrorism and Political Violence* nº 21 (2009), pp. 558-579.